



Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Universidad del Perú. Decana de América

Dirección General de Estudios de Posgrado
Facultad de Derecho y Ciencia Política
Unidad de Posgrado

**El control difuso en los procesos de filiación de
paternidad y la protección del derecho a la identidad
como derecho fundamental**

TESIS

Para optar el Grado Académico de Doctor en Derecho y Ciencia
Política

AUTOR

Juan Arturo MAZA LUPUCHE

ASESOR

Dr. Carlos Antonio PÉREZ RÍOS

Lima, Perú

2019



Reconocimiento - No Comercial - Compartir Igual - Sin restricciones adicionales

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

Usted puede distribuir, remezclar, retocar, y crear a partir del documento original de modo no comercial, siempre y cuando se dé crédito al autor del documento y se licencien las nuevas creaciones bajo las mismas condiciones. No se permite aplicar términos legales o medidas tecnológicas que restrinjan legalmente a otros a hacer cualquier cosa que permita esta licencia.

Referencia bibliográfica

Maza, J. (2019). *El control difuso en los procesos de filiación de paternidad y la protección del derecho a la identidad como derecho fundamental*. Tesis para optar grado de Doctor en Derecho y Ciencia Política. Unidad de Posgrado, Facultad de Derecho y Ciencia Política, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú.

HOJA DE METADATOS COMPLEMENTARIOS

CÓDIGO ORCID DEL AUTOR:

Juan Arturo MAZA LUPUCHE

CÓDIGO ORCID DEL ASESOR:

0000-0001-7913-0315

Carlos Antonio PÉREZ RÍOS

DNI DEL AUTOR:

10662367

GRUPO DE INVESTIGACIÓN:

No aplica

INSTITUTO QUE FINANCIA PARCIAL O TOTALMENTE LA INVESTIGACIÓN:

No aplica

UBICACIÓN GEOGRÁFICA DONDE SE DESARROLLÓ LA INVESTIGACIÓN. DEBE INCLUIR LOCALIDADES Y COORDENADAS GEOGRÁFICAS:

La investigación se desarrolló en materia de derecho civil -filiación y paternidad- así como en materia constitucional -control difuso y derechos fundamentales- analizando diversas sentencias emitidas por la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República del Perú a nivel nacional y la protección que se da al derecho a la identidad de los niños, niñas y adolescentes.

AÑO O RANGO QUE LA INVESTIGACIÓN ABARCÓ:

La investigación y el recaudo de información se desarrollaron en los años 2018 y 2019.



Juan Arturo MAZA LUPUCHE
DNI 10662367



Universidad Nacional Mayor de San Marcos

(Universidad del Perú, DECANA DE AMÉRICA)

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

Unidad de Post Grado

ACTA DE GRADO DE DOCTOR EN DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

En la ciudad de Lima, el tercer día del mes de octubre del año dos mil diecinueve, siendo las dieciocho horas, bajo la Presidencia del Dr. José Félix Palomino Manchego, y con la asistencia de los Profesores: Dr. Carlos Antonio Pérez Ríos, Dr. Enrique Antonio Varsi Rospigliosi, Dr. Edgardo Gonzalo Rodríguez Gómez, Dr. Gilmer Alarcón Requejo y el postulante al Grado Académico de Doctor en Derecho y Ciencia Política, Mg. Juan Arturo MAZA LUPUCHE, procedió a hacer la exposición y defensa pública de su tesis titulada: **"EL CONTROL DIFUSO EN LOS PROCESOS DE FILIACIÓN DE PATERNIDAD Y LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA IDENTIDAD COMO DERECHO FUNDAMENTAL"**.

Concluida la exposición, se procedió a la evaluación correspondiente, habiendo obtenido la siguiente calificación:

Aprobado por unanimidad con la nota dieciocho (18)
Muy Bueno

A continuación el Presidente del Jurado recomienda a la Facultad de Derecho y Ciencia Política se le otorgue el Grado Académico de Doctor en Derecho y Ciencia Política al Mg. Juan Arturo MAZA LUPUCHE.

Se extiende la presente Acta en tres originales y siendo las diecinueve horas con treinta minutos, se dio por concluido el acto académico de sustentación.

Dr. José Félix PALOMINO MANCHEGO

Presidente
Profesor Principal

Dr. Carlos Antonio PÉREZ RÍOS

Asesor
Profesor Principal

Dr. Enrique Antonio VARSÍ ROSPIGLIOSI

Jurado-Infomante
Profesor Asociado

Dr. Edgardo Gonzalo RODRÍGUEZ GÓMEZ

Jurado Informante
Profesor Contratado

Dr. Gilmer ALARCÓN REQUEJO

Miembro
Profesor Contratado

DEDICATORIA

A mis padres Juan y María, a mi esposa Mary, a mi hija Luana y a mi familia, por su apoyo incondicional durante estos años, y por ayudarme a que este momento pueda hacerse realidad y porque son lo que más amo.

AGRADECIMIENTOS.

A Dios, por haber puesto en mi camino, en estos años de estudio, a las personas indicadas y estar en cada paso que doy.

A Mary y Luana, que son mi sostén en todo momento y porque son los motores de mi vida.

A mi madre por sus inmensos cuidados y amor; a mi padre y hermanos por el apoyo, ánimo y alegría que me brindan y a mis suegros, por estar siempre que los necesito y por sus valiosos consejos.

A la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, por haber sido un segundo hogar durante estos años y por permitir concretar esta meta profesional.

A los maestros catedráticos de la Universidad, por haber sido formadores de nuestros conocimientos, esenciales para llegar a esta etapa de madurez científica y técnica.

A mi asesor de tesis, por su generosidad al brindarme la oportunidad de recurrir a su capacidad y experiencia académica, y por permitirme trabajar en un marco de confianza y libertad fundamentales para la realización de este estudio.

INDICE.

	Pág.
DEDICATORIA.....	ii
AGRADECIMIENTO.....	iii
ÍNDICE.....	iv
RESUMEN.....	vi
ABSTRACT.....	vii

INTRODUCCIÓN.....	1
-------------------	---

CAPÍTULO I: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

1.1. Presentación del tema y del problema.....	3
1.2. Formulación del problema.....	6
1.3. Justificación de la investigación.....	7
1.4. Objetivos de la investigación.....	8
1.4.1. Objetivo General.....	8
1.4.2. Objetivos específicos.....	8
1.5. Hipótesis de la investigación.....	9
1.5.1. Hipótesis General.....	9
1.5.2. Hipótesis específicas.....	9
1.6. Metodología aplicada.....	10
1.6.1. Tipo y Diseño de Investigación.....	10
1.6.2. Técnicas de recolección de datos.....	10
1.6.3. Análisis e interpretación de la información.....	11

CAPÍTULO II: ESTADO DE LA CUESTIÓN.

2.1. Antecedentes del problema.....	12
2.2. Estado actual de la doctrina.....	14
2.2.1. El Neoconstitucionalismo.....	14
2.2.2. El Control Difuso.....	28
2.2.3. La filiación.....	50
2.2.4. El derecho a la identidad.....	54
2.3. Enfoques jurídicos aplicados al caso concreto.....	56
2.3.1. Determinación de la filiación matrimonial.....	56

2.3.2. Determinación de la filiación extramatrimonial.....	69
--	----

CAPÍTULO III: TOMA DE POSTURA.

3.1. Análisis de la información.....	84
3.1.1. Consideraciones generales.....	84
3.1.2. Criterios de interpretación constitucional.....	86
3.1.3. Principios de interpretación constitucional.....	88
3.1.4. Técnica de la ponderación en la interpretación constitucional.....	93
3.2. Propuesta de solución del problema con fundamento teórico.....	99
3.2.1. Consideraciones generales.....	99
3.2.2. Configuración de las reglas.....	101
3.2.3. Los principios como axiomas, valores y directrices.....	103
3.2.4. La ponderación es útil en caso de colisión de principios.....	109
3.2.5. La frontera entre reglas y principios.....	113
3.2.6. Una nueva teoría de la argumentación jurídica.....	117
3.2.7. Aportes finales.....	120

CAPÍTULO IV: JUSTIFICACIÓN DE LA TESIS.

4.1. La garantía de la identidad como derecho fundamental.....	122
4.1.1. La aplicación del control difuso a los procesos de filiación en la jurisprudencia reciente.....	122
4.1.2. La postura del Código Civil de 1984.....	124
4.1.3. El Decreto Legislativo N° 1377 del 2018, que modifica algunas normas sobre filiación del Código Civil.....	127
4.1.4. La postura de la Constitución Política de 1993.....	130
4.1.5. El Control Difuso en los procesos de filiación.....	133
4.2. Comprobación de las hipótesis.....	137
4.3. Beneficios que aporta.....	148
CONCLUSIONES.....	151
RECOMENDACIONES.....	155
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	156

ANEXOS

- Decreto Legislativo N° 1377.....	165
------------------------------------	-----

RESUMEN

Este estudio se ha llevado a cabo con el propósito de ofrecer aportes significativos sobre el control difuso en los procesos de filiación de paternidad y la protección del derecho a la identidad como derecho fundamental, en el contexto de la legislación civil vigente. Para ello, se utilizó la metodología de la investigación científica, que permite cumplir de manera óptima los aspectos importantes del estudio.

A su vez, en el presente estudio se utilizó el tipo de investigación dogmático – jurídica. Las técnicas del estudio están conformadas por el análisis documental, el análisis de la legislación y el análisis de la jurisprudencia. Los instrumentos del estudio están conformados por la doctrina, la legislación y la jurisprudencia. En la doctrina nacional y comparada se obtienen los diferentes puntos de vista sobre el Control Difuso aplicado a los procesos de filiación de paternidad, que posteriormente son analizados de modo oportuno en el contenido del estudio, con sus respectivas interpretaciones. En adición, el análisis dogmático jurídico del estudio fue efectuado de forma ordenada dentro del Estado de la Cuestión para luego exponer las consecuencias de su implementación.

Para finalizar, se presentan las conclusiones que se dan como resultado del desarrollo de la investigación, que se pueden aplicar en los procesos de filiación de paternidad. Con esto, se facilitan las recomendaciones, que se consideran como factibles y aplicables a los problemas frecuentes que se presentan en los juzgados.

PALABRAS CLAVES: Control difuso, proceso de filiación de paternidad, técnica de ponderación, hijos extramatrimoniales, derecho a la identidad.

ABSTRACT

This study has been carried out with the purpose of offering significant contributions on the diffuse control in paternity filiation processes and the protection of the right to identity as a fundamental right, in the context of current civil legislation. To do this, the methodology of scientific research was used, which allows us to optimally fulfill the important aspects of the study.

In turn, in the present study the type of dogmatic - legal research was used. The study techniques are made up of the documentary analysis, the analysis of the legislation and the analysis of the jurisprudence. The instruments of the study are made up of doctrine, legislation and jurisprudence. In the national and comparative doctrine different points of view are obtained on the Fuzzy Control applied to the paternity filiation process, which are then analyzed in a timely manner in the content of the study, with their respective interpretations. In addition, the dogmatic legal analysis of the study was carried out in an orderly manner within the State of the Question to later expose the consequences of its implementation.

Finally, we present the conclusions that are given as a result of the development of the investigation, which can be applied in paternity filiation processes. With this, the recommendations are facilitated, which are considered as feasible and applicable to the frequent problems that arise in the courts.

KEY WORDS: Diffuse control, filiation process of paternity, weighting technique, extramarital children, right to identity.

INTRODUCCIÓN

Hoy en día, es importante reflexionar sobre la aplicación del control difuso cuando existen discrepancias de derechos: “el derecho fundamental a la identidad del niño” y las normas del Código Civil sobre la filiación, situación muy frecuente en los juzgados. Los avances científicos referidos a la prueba genética del ADN, para probar la filiación paterna y materna, han evidenciado el problema de la paternidad de los hijos extramatrimoniales y su reconocimiento por un tercero, dando lugar a la publicación del Decreto Legislativo N° 1377, que reforma las reglas de los artículos 396 y 402 y deroga el artículo 404 del Código Civil, esto abre una posibilidad de poder impugnar y/o declarar la paternidad de un hijo supuestamente extramatrimonial habido en una relación matrimonial, con el ***requisito de la declaración expresa de la madre sobre el padre biológico del menor***, en concordancia con el derecho a la identidad del menor como uno de los atributos esenciales de la persona. Así, el derecho a la identidad establecido en el “artículo 2 inciso 1 de la Constitución”, ocupa un lugar primordial, al comprender el derecho a un nombre, a conocer a sus padres y conservar sus apellidos, así como el relativo a tener una nacionalidad y la obligación del Estado a su protección.

En consecuencia, es posible resaltar que con la aplicación del control difuso a la solución de conflictos, se otorga primacía a los principios que enuncian derechos fundamentales como es el derecho a la identidad de un niño, niña y adolescente, a la verdad biológica, a saber su origen biológico, a su personalidad conforme aparecen en “la Convención sobre los Derechos del Niño”, en la Constitución Política y en el “Código de los Niños y Adolescentes”, dejando de lado las normas sobre filiación del Código Civil, que no son compatibles con la norma constitucional. Por ende, en ciertos casos, de ser necesario, se puede aplicar el control difuso al proceso de filiación, con el fin de tutelar el derecho a la identidad de los menores.

Por medio del presente estudio, se busca analizar el control difuso que deben realizar los jueces en los procesos de filiación de paternidad. Para este fin, se

procederá a exponer algunos conceptos generales sobre el tema, para luego referirnos a la aplicación del control difuso en algunos procesos de filiación de paternidad, tales como la impugnación de la filiación matrimonial y extramatrimonial.

En el CAPÍTULO I, se presenta el Planteamiento del Problema, que utiliza la metodología científica, desde la descripción de la situación problemática, formulación del problema, justificación, objetivos y metodología.

En el CAPÍTULO II, referido a Estado de Cuestión, que comprende los antecedentes del problema, las bases jurídicas, y los enfoques jurídicos aplicados al caso concreto, las mismas que se llevaron a cabo con el apoyo de material procedente de especialistas nacionales e internacionales respecto al tema.

En el CAPÍTULO III, se presenta la Toma de Postura, que comprende el análisis de la información, y la propuesta de solución del problema con fundamento teórico, que toma en cuenta la legislación y la doctrina.

En el CAPÍTULO IV, referido a la Justificación de la Tesis, comprende la comprobación de las hipótesis y los beneficios que aporta. Dichos resultados sirvieron para conocer la utilidad del Control Difuso en los Proceso de filiación de Paternidad.

Para finalizar, se presentan las Conclusiones y Recomendaciones. Las conclusiones son el resultado de la información obtenida que se desprende de la ardua investigación. Respecto a las Recomendaciones vertidas en este estudio, se puede sostener que las sugerencias propuestas son practicables, con el fin de optimizar la protección del derecho a la identidad de niños y adolescentes.

CAPÍTULO I:

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

1.1. Presentación del tema y del problema.

En el siglo pasado, se inició el proceso de constitucionalización del Derecho que se expresa en la vigencia de los derechos fundamentales en todos los ámbitos de la vida de los seres humanos y, por ende, en todo el espectro de las disciplinas jurídicas (Alexy, 2008). Así, se ha dado paso a una nueva perspectiva del Derecho de Familia que va más allá de la tradicional visión civilista en esta rama jurídica, tomando en cuenta los derechos que subyacen en las relaciones familiares.

En esta línea, es necesario el análisis de constitucionalidad de las normas de Filiación que contribuyen a hacer concreta la pretensión de corrección que es inseparable del Derecho y la pretensión de justicia que propone Alexy (2003) desde su teoría del neoconstitucionalismo. En el estudio de los análisis de constitucionalidad que surgen de la aplicación del control difuso en materia de Filiación, la discusión reside en los derechos del hijo cuya Filiación estaba en debate, y a estos en relación a los derechos del padre declarado o presunto. Por ende, el centro del argumento que permite la inaplicación de las normas radica en el “derecho fundamental a la identidad”, en particular el acceso a la verdad biológica de los vínculos filiales.

Así, es oportuno señalar, que dentro de un Estado Constitucional de Derecho, tiene prevalencia la “norma constitucional cuya supremacía y jerarquía está reconocida por el artículo 51° de la Constitución Política. Por tal razón, la norma constitucional debe ser preservada por todos los jueces al momento de resolver los casos de su competencia, habiendo sido habilitados por mandato constitucional para dicha finalidad, y así ejercer la revisión judicial de las leyes aplicando el control difuso, conforme al segundo párrafo del artículo 138° de

la Constitución Política” (Expediente N° 1618-2016 Lima Norte) que establece *“En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera”*.

En este marco, “la autorización constitucional a los jueces para el ejercicio del control difuso, presenta límites bajo responsabilidad, de ahí que no puede ser ejercida en forma irrestricta ni vulnerando el ordenamiento jurídico y constitucional que naturalmente les corresponde preservar” (Exp. N° 1618-2016-Lima Norte). Dicho fundamento se constituye en doctrina jurisprudencial vinculante para todos los jueces del Poder Judicial, la cual se encuentra contenida en la Consulta de la sentencia del expediente antes señalado, resuelta por la Corte Suprema, publicada el 07 de diciembre de 2017.

Por lo anterior, el control difuso se aplica únicamente con fines constitucionales para proteger “la supremacía de las normas del bloque de constitucionalidad, siendo de carácter excepcional y de última ratio, por lo que solo procede cuando no se puede salvar vía interpretativa la constitucionalidad de las normas. Por tanto, los jueces deben considerar que las normas legales tienen presunción de constitucionalidad, por lo que son obligatorias para todos sin excepción, y así le corresponde a los jueces proteger la seguridad jurídica, pues el ejercicio del control difuso debe ser realizado conforme a los parámetros de compatibilidad constitucional” (Exp. N° 1618-2016-Lima Norte).

De otra parte, la “Sala Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema viene a ser el órgano con jurisdicción constitucional encargado de conocer con exclusividad el control concentrado de normas infralegales y además tiene competencia exclusiva para absolver las consultas por ejercicio de los jueces del control difuso de normas legales en general” (Portal La Ley), protegiendo la supremacía de las normas constitucionales. Por ende, es un órgano de control de constitucionalidad, cuyas decisiones son vinculantes, por ello, con carácter vinculante para todos los jueces del Poder Judicial, la Corte Suprema ha establecido:

- “i. partir de la presunción de validez, legitimidad y constitucionalidad de las normas legales, en tal sentido, quien enjuicie la norma esgrimiendo infracción a la jerarquía de la norma constitucional, debe cumplir con la exigencia de demostrar objetivamente la inconstitucionalidad alegada.*
- ii. realizar el juicio de relevancia, en tanto solo podrá inaplicarse una norma cuando es la vinculada al caso.*
- iii. identificar la norma del caso, el juez debe efectuar una labor interpretativa exhaustiva, distinguiendo entre disposición y norma; siendo obligación de los jueces haber agotado los recursos y técnicas interpretativas para salvar la constitucionalidad de la norma legal.*
- iv. en esencia, el control difuso es un control de constitucionalidad en concreto que conlleva la inaplicación al caso particular, por lo que es exigencia ineludible iniciar identificando los derechos fundamentales involucrados en el caso concreto, el medio utilizado, el fin perseguido, el derecho fundamental intervenido y el grado de intervención, para así poder aplicar el test de proporcionalidad u otro de igual nivel de exigencia.”*

Con similar postura, en la Consulta de la sentencia del “Exp. N° 3873-2014-San Martín”, de fecha 17 de marzo de 2015, sobre Impugnación de Paternidad, la Corte Suprema ha establecido reglas para el ejercicio del control difuso, haciendo hincapié que las normas legales tienen presunción de constitucionalidad, por lo que es necesario realizar el juicio de relevancia de la norma aplicable al caso concreto, de modo que se garantice la búsqueda de una interpretación compatible con las normas constitucionales y los derechos fundamentales.

En particular, se ha precisado que el plazo de caducidad de impugnación de paternidad regulada en “el artículo 400° del Código Civil”, tiene un fin constitucional, como la protección y la consolidación del estado de familia, pero en un caso concreto, no es idóneo ya que limita el derecho a la familia y a la identidad, al restringir la determinación de la familia biológica a la que pertenece el menor, lo que se puede corroborar con certeza por medio de la prueba de ADN ofrecida por el accionante. Por ello, la disposición legislativa de acción de estado de impugnación de paternidad que está sujeta al plazo

de caducidad de 90 días, es lesivo a los derechos involucrados, quedando alejado así del fin constitucional que pretende.

Por todo ello, con la técnica de la ponderación de derechos, que emplea el test de proporcionalidad, se ha precisado que el artículo 400° del Código Civil va contra el derecho fundamental a la identidad biológica del menor, pues, en razón de un plazo, no se puede restringir una acción destinada a determinar la identidad biológica del menor, al considerar que la prueba del ADN ofrece información relevante y confiable para conocer al padre biológico. De esta manera, la jurisprudencia reciente ha establecido que la aplicación del “control difuso” en los procesos de filiación permite proteger la norma constitucional que sustenta el derecho a la identidad de los niños y adolescentes.

1.2. Formulación del problema.

1.2.1 Problema General.

¿Cómo “la aplicación del control difuso” en los procesos de filiación de paternidad garantiza la protección del derecho a la identidad como derecho fundamental?

1.2.2 Problemas Específicos.

- ¿Cómo el análisis de la presunción de constitucionalidad de las normas legales realizado por los magistrados contribuye en la protección del “derecho a la identidad como derecho fundamental”?
- ¿Cómo el juicio de relevancia de la norma legal aplicable al caso concreto realizado por los magistrados favorece en la protección del “derecho a la identidad como derecho fundamental”?
- ¿Cómo la labor interpretativa de compatibilidad de la norma legal con la norma constitucional realizada por los magistrados coadyuva en la protección del “derecho a la identidad como derecho fundamental”?

- ¿Cómo la declaración de inaplicabilidad de la norma legal al caso concreto realizada por los magistrados beneficia en la protección del “derecho a la identidad como derecho fundamental”?

1.3. Justificación de la investigación.

a) Aspecto Teórico.

El centro de análisis reside en la aplicación del “control difuso” en los procesos de Filiación de Paternidad como forma de protección del derecho fundamental a la identidad de los menores. Es así que, se toma en cuenta esta investigación como una fuente de análisis comparativo para otros contextos, esto significa que, los aportes de estudio se constituyen como material bibliográfico que puede ser empleado debido a la escasa doctrina desarrollada que existe a nivel nacional sobre el tema. Asimismo, se pueden analizar algunos aspectos particulares dentro de este estudio como los acápites vinculados al derecho fundamental a la identidad de los menores dentro de la doctrina constitucional.

La información de esta investigación permite comprender el Control Difuso en los casos de Filiación de Paternidad como un método que asegura la supremacía, eficacia y cumplimiento del texto constitucional, y así es un mecanismo que fortalece el sistema de justicia constitucional. Por dicha razón, se consigue cumplir con un conocimiento que requiere ser aclarado y explicado desde diferentes aspectos, que se contemplan en la doctrina y la jurisprudencia nacional.

b) Aspecto Práctico.

Este estudio tiene la finalidad de analizar el sentido y el alcance que puede tener el control difuso dentro de los parámetros que obliga el derecho nacional, solo así, se pueden esclarecer los efectos que subyacen de dicha figura jurídica que conllevan al entendimiento de la necesidad y obligatoriedad de su aplicación para la protección del derecho a la identidad de los niños y adolescentes. La importancia de su estudio reside en “desentrañar el

verdadero alcance de este mecanismo de control de la constitucionalidad, presentando las distintas visiones ofrecidas por la doctrina nacional y la jurisprudencia, sobre su modo de funcionamiento y racionalidad” (Mora, 2009, p. 8).

Por lo anterior, este estudio está destinado a ofrecer razones y argumentos a una problemática notoria y controversial que permanece abierto por el escaso pronunciamiento de las autoridades judiciales sobre el tema. Así, el propósito del presente estudio es dejar en evidencia la importancia y la necesidad de una correcta aplicación del control difuso en toda la magnitud de su alcance para casos de Filiación de Paternidad. A razón de ello, es muy conveniente cumplir con el desarrollo de esta investigación, pues esto se constituye en un aporte teórico dentro del derecho civil, que permite establecer fundamentos para una mejor aplicación del Control Difuso en sede judicial, por los operadores del derecho.

Por último, el desarrollo metodológico de este estudio puede ser tomado en cuenta como modelo y así ser utilizado en futuros análisis sobre el tema que realicen los investigadores del derecho. En rigor, este modelo consiste en la descripción y la comprensión de los alcances del control difuso, su consecuente obligatoriedad y su vinculación con los procesos de filiación de paternidad en el derecho nacional.

1.4. Objetivos de la investigación.

1.4.1 Objetivo General.

Determinar si la aplicación del “control difuso” en los procesos de filiación de paternidad garantiza “la protección del derecho a la identidad como derecho fundamental”.

1.4.2 Objetivos Específicos.

- Establecer si el análisis de la presunción de constitucionalidad de las normas legales realizado por los magistrados contribuye en la protección del “derecho a la identidad como derecho fundamental”.
- Conocer si el juicio de relevancia de la norma legal aplicable al caso concreto realizado por los magistrados favorece en la protección del “derecho a la identidad como derecho fundamental”.
- Analizar si la labor interpretativa de compatibilidad de la norma legal con la norma constitucional realizada por los magistrados coadyuva en la protección del “derecho a la identidad como derecho fundamental”.
- Establecer si la declaración de inaplicabilidad de la norma legal al caso concreto realizada por los magistrados beneficia en la protección del “derecho a la identidad como derecho fundamental”.

1.5. Hipótesis.

1.5.1. Hipótesis General.

La aplicación del control difuso en los procesos de filiación de paternidad garantiza de manera significativa la protección del derecho a la identidad como derecho fundamental pues el juez va a evaluar, analizar, interpretar, argumentar y decidir sobre cada caso particular que se presente de filiación de paternidad extramatrimonial tutelando el interés superior del niño.

1.5.2. Hipótesis Específicas.

- El análisis de la presunción de constitucionalidad de las normas legales realizado por los magistrados contribuye a la protección del derecho a la identidad como derecho fundamental.

- El juicio de relevancia de la norma legal aplicable al caso concreto realizado por los magistrados favorece a la protección del derecho a la identidad como derecho fundamental.
- La labor interpretativa de compatibilidad de la norma legal con la norma constitucional realizada por los magistrados coadyuva a la protección del derecho a la identidad como derecho fundamental.
- La declaración de inaplicabilidad de la norma legal al caso concreto realizada por los magistrados beneficia de manera significativa a la protección del derecho a la identidad como derecho fundamental.

1.6. Metodología aplicada.

1.6.1. Tipo y Diseño de la Investigación.

El tipo de investigación es Aplicada. Así, se debe tener en cuenta que este estudio busca el conocimiento teórico para aplicarlo a un sector del derecho, por ello se trata de conocer la aplicación del “control difuso” en los procesos de filiación para proteger el derecho a la identidad de los menores.

En tanto, el diseño de investigación es no experimental, se entiende que no se realiza ningún experimento para comprobar la hipótesis, y solo se considera el análisis transversal del estudio, en un solo momento determinado.

En particular, el diseño de investigación es descriptivo, siendo así se caracteriza por conocer y describir el “Control Difuso” en los casos de Filiación y el derecho a la identidad del menor.

1.6.2. Técnicas de Recolección de Datos.

Las técnicas de investigación, que se utilizarán son:

- **Análisis Documental:** Esta técnica permite examinar el material documental, en concordancia con los fines de nuestro estudio. Básicamente,

este análisis se efectuará desde fuentes primarias, tales como libros y revistas sobre el tema de investigación.

- **Análisis de la Jurisprudencia:** Esta técnica facilita el análisis de la jurisprudencia nacional e internacional sobre la aplicación del control difuso en los procesos de filiación de paternidad.

- **El fichaje:** Esta técnica permite recolectar y organizar información para la elaboración del marco teórico y otras partes del trabajo de investigación. Así, los instrumentos que se utilizarán son de diversos tipos, tales como fichas textuales, bibliográficas, de resumen, hemerográficas, de comentario, etc.

1.6.3. Análisis e Interpretación de la Información.

Para el análisis de información, se toma como punto de partida la jurisprudencia sobre el tema de estudio, y así se procede a analizar cada una de ellas, con el uso de la doctrina reciente, atendiendo a los objetivos y variables de investigación. De este modo, es posible contrastar las hipótesis, con el fin de demostrar la validez o invalidez de estas.

CAPÍTULO II:

ESTADO DE LA CUESTIÓN.

2.1. Antecedentes del problema.

En la actualidad, existen algunos trabajos de investigación relacionados con “la aplicación del Control Difuso en los procesos de filiación” y el derecho a la identidad de niños y adolescentes, tales como:

Pretell Díaz (Trujillo, 2016) en su Tesis titulada “Tutela jurisdiccional de las víctimas de violencia familiar y el Control difuso de Convencionalidad”, elaborada para optar por el grado académico de Maestra en Derecho Penal, en la Universidad Privada Antenor Orrego.

Esta investigación tiene por finalidad estudiar el problema sobre la aplicación del control de convencionalidad por los órganos jurisdiccionales en materia de Familia esto en aras del fortalecimiento del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva de la víctima de violencia familiar, teniendo por hipótesis, la acción positiva en el fortalecimiento del derecho a la tutela debida cuenta al uso del desarrollo jurisprudencial tanto de nuestro Tribunal Constitucional como también de nuestra Corte Interamericana de Derechos Humanos. A tal fin, se opta por metodología el estudio de la doctrina del control difuso de convencionalidad, jurisprudencia interamericana, entrevistas y encuestas a los involucrados dentro del proceso judicial de violencia familiar, esto es a profesionales del Derecho, tanto Jueces, Fiscales, Defensor del Pueblo y abogados litigantes.

Las principales conclusiones señalan que:

es posible fortalecer la tutela jurisdiccional efectiva a favor de las víctimas en casos de violencia familiar a través del ejercicio del Control Difuso de convencionalidad por los Jueces Especializados de Familia

de la Corte Superior de Justicia de la Libertad; y, los criterios jurisdiccionales estudiados revelan la necesidad de incorporar estándares en materia de derechos humanos para los órganos jurisdiccionales que resuelven casos de violencia familiar tomándose como modelo de aplicación en Sede Judicial.

Masapanta Gallegos (Ecuador, 2008) en su tesis titulada “El Control Difuso de Constitucionalidad por parte de los Jueces Ordinarios al Inaplicar preceptos contrarios a la Constitución Política del Ecuador”, elaborada para optar el grado académico de Magíster en Derecho Constitucional, en la Universidad Andina Simón Bolívar. Este trabajo de investigación tiene el objetivo de:

Determinar si ¿ha funcionado correctamente la inaplicabilidad de preceptos contrarios a la Constitución por parte de los jueces ordinarios ecuatorianos frente a la tutela efectiva de los derechos ciudadanos?. Se parte de un estudio de la institución del control constitucional de manera general para luego direccionarnos hacia el análisis del control difuso de constitucionalidad. Se llega a las siguientes conclusiones: a) El control difuso de inconstitucionalidad ha ido avanzando paulatinamente en nuestro país, desde un control que se hallaba exclusivamente en manos de los jueces de última instancia, pasando por un control a cargo de todos los jueces ordinarios o superiores hasta actualmente hacerse expansivo a todas las autoridades públicas; b) en cuanto a los efectos que genera la inaplicación de preceptos inconstitucionales por parte del juez ordinario se destacan dos circunstancias: Apriorísticamente se producen efectos inmediatos para el caso concreto “erga omnes”, en donde exclusivamente las partes que intervienen en el litigio se hacen merecedoras a los alcances de esta decisión judicial; y un efecto posterior que puede desprenderse de aquella decisión judicial, la misma que tiene alcances generales si así lo determina un órgano técnico de control constitucional; y, c) los actores judiciales ecuatorianos han mantenido un esquema de precariedad en la protección de los derechos fundamentales, el control difuso de constitucional en nuestro medio ha sido deficiente y hasta cierto punto excepcional, lo que en gran parte se encuentra determinado por el

temor que estos sienten de ser enjuiciados por delitos como el prevaricato o impuestos sanciones por parte del órgano administrativo de la Función Judicial, con este panorama son muy pocos los jueces que se inclinan hacia un activismo en la preeminencia de derechos constitucionales.

2.2. Estado actual de la doctrina.

2.2.1. El Neoconstitucionalismo.

2.2.1.1. Concepto.

Debemos señalar que el término neoconstitucionalismo a primera vista se identifica como una doctrina filosófica de derecho que surgió a fines del siglo pasado cuyo desarrollo se centró en la crítica teórica a las posturas doctrinales que en ese momento eran las que tenían mayor auge como son las posturas positivistas o formalistas.

En la doctrina actual se atribuye a Susanna Pozzolo el primer uso del término neoconstitucionalismo debido a su ponencia presentada en el XVIII Congreso de la Internationale Vereinigung für Rechts-und Sozialphilosophie (Asociación Internacional de Filosofía Jurídica y Social) que se llevó a cabo en la ciudad de Buenos Aires-Argentina en el año 1997.

La Escuela Genovesa por medio de uno de sus máximos representantes como es Paolo Comanducci reivindica en su favor la autoría del concepto antes mencionado cuando manifiesta que: “Neoconstitucionalismo” es una etiqueta que, a finales de los años noventa del siglo pasado, unos integrantes de la escuela genovesa de teoría del derecho (Susanna Pozzolo, Mauro Barberis y yo mismo) comenzaron a utilizar para clasificar y criticar algunas tendencias post-positivistas de la filosofía jurídica contemporánea, que presentan rasgos comunes, pero también diferencias entre sí. La etiqueta ha tenido mucho éxito, pero sobre todo se han multiplicado, en Europa (particularmente en España e Italia) y Latinoamérica (particularmente en

Argentina y México) los estudios de esas tendencias y su comparación con el positivismo jurídico” (Comanducci, 2009, p. 87).

Entonces podemos señalar que “El término ‘neoconstitucionalismo’ es empleado para indicar una perspectiva iusfilosófica que se propone como vía media entre el iuspositivismo y el iusnaturalismo: doctrina de las cuales el neoconstitucionalismo habría, por así decirlo, eliminado los defectos y reunido las virtudes. En particular esta doctrina permitiría evitar el defecto del legalismo iuspositivista a través de la importancia jurídica atribuida y reconocida a la Constitución, sobresaliendo e incentivando la invasividad” (Pozzolo, 2013, p. 55).

Un concepto de neoconstitucionalismo es ofrecido por Fioravanti (2000) al mencionar que “La Constitución deja de ser solo un sistema de garantías y pretende ser también un sistema de valores, una norma directiva fundamental” (p. 133).

Por su parte Ferrajoli (2003) precisa que existe “una clara diferencia entre Estado de Derecho y Estado Constitucional; un Estado Constitucional implica un Estado de Derecho, pero no todo Estado de Derecho implica necesariamente un Estado Constitucional”.

El maestro Zagrebelsky (1995), quien fuera Presidente de la Corte Constitucional italiana, plantea una idea de neoconstitucionalismo al sostener que:

El Derecho se hace más flexible y dúctil, más maleable, menos rígido y formal, y con ello se amplían las esferas en las que cobra relevancia decisiva y fundamental la filosofía moral, política y jurídica del intérprete del Derecho (...). La ley ha dejado de ser la única, suprema y racional fuente de Derecho y comienza un síntoma de crisis irreversible del paradigma positivista (p. 65).

En términos de Commanduci (2005), en “el neoconstitucionalismo se esconden una teoría, una ideología, y también una metodología” (p. 175). En esta misma línea, Prieto (2001) tiene una concepción muy similar pues “considera una tesis triple de definición del neoconstitucionalismo”.

Conforme a Bernal (2006), en el “neoconstitucionalismo los derechos de la Constitución son principios, que se aplican judicialmente, mediante su ponderación” (p. 29).

A tenor de lo anterior, se colige que existe una postura “común a redefinir los criterios primigenios del Estado Constitucional, reposicionando posturas definidas y orientadas hacia una nueva forma de comprender el Derecho, a una reformulación de las premisas tradicionales en que el sistema de fuentes fue creado. El Estado neoconstitucional, cambia los supuestos de antaño de la forma del Estado, redefiniendo la fórmula política hacia un concepto más garantista de las demandas sobre derechos fundamentales y replanteando el modo de resolver las controversias constitucionales” (Figuerola, 2010c).

En síntesis, el neoconstitucionalismo no consiste en una tendencia aislada, no es una posición solitaria en la interpretación del Derecho, pues se trata de una comunidad de ideas. En aplicación del “principio de progresividad, esta corriente de la historia debe mejorar sus contenidos, haciéndolos más garantistas, modificando sus bases mismas para la consecución de la defensa plena de los derechos fundamentales” (Figuerola, 2010c).

2.2.1.2. Características del Neoconstitucionalismo.

El neoconstitucionalismo, que considera la revisión de las fuentes del derecho tiene “caracteres especiales, distintos de la postura tradicional por medio de la cual el derecho resuelve los conflictos. La teoría de Prieto” (2002) considera algunos postulados, tales como:

a) Más principios que reglas

En la postura tradicional, las reglas comprenden a la norma jurídica y la ley, mientras que en el Estado neoconstitucional, las reglas hacen referencia a los principios de legalidad y de congruencia que se expresan en la

correspondencia entre las pretensiones y las respuestas de los juzgadores a los conflictos jurídicos. “Las reglas son la expresión tangible del positivismo jurídico en su acepción formal-procedimental” (Figueroa, 2010a). Dworkin (1993) se ocupa de diferenciar entre problemas fáciles y difíciles, al considerar que “en la solución de los primeros, basta la subsunción que se manifiesta en la inserción de los supuestos de hecho dentro de la norma, que deriva en un decisorio que se concibe como la manifestación tangible de la aplicación de la ley” (p. 146).

Asimismo, en el derecho hay problemas difíciles, que no solo necesitan la presencia de la ley, por lo que “los principios generales del derecho constituyen solo parte de un marco aplicativo integrador, al tener la necesidad sustantiva de utilizar los criterios interpretativos basados en los principios” (Figueroa, 2010c).

De esta manera, el Estado neoconstitucional considera que hay conflictos de difícil solución que necesitan instrumentos interpretativos que trasvasen el espíritu de la ley, en tanto que muchas veces se referirán a discusiones sobre derechos fundamentales que requieren progresivamente distintas premisas esenciales.

La postura de la aplicación de principios manifestada por Konrad Hesse (1992) plantea “la confluencia de principios de interpretación en sede constitucional: de unidad de la Constitución, de concordancia práctica, de corrección funcional, de función integradora y de fuerza normativa de la Constitución. Estos principios funcionarán como elementos de valoración interpretativa, al facilitar una relectura de la Constitución desde posturas más abiertas sobre la tutela de los derechos fundamentales” (p. 45).

b) Más ponderación que subsunción

La aplicación de la “subsunción en el tradicional silogismo aristotélico considera una premisa mayor que se refiere a la norma, una premisa menor referida a aspectos fácticos, y una conclusión que implica la transposición de los hechos en los supuestos de la norma” (Figueroa, 2010c).

En tanto que, la ponderación sucede cuando se observa la manifiesta insuficiencia de la ley, por lo que se emplea la fórmula de que los principios expresan valores más allá de la norma y, de igual modo, se hace “un ejercicio argumentativo sólidamente vinculado a la defensa de los derechos fundamentales como mecanismos extraordinarios de protección de los principios, valores y directrices que derivan de la Carta Magna” (Figueroa, 2010c).

En concreto, “la ponderación plantea una línea de valoración entre los principios, fijando valores para la identificación de los mismos, en sus diversos grados de afectación: elevado, medio y leve. De ahí que, existe la primacía de un principio frente a otro pero solo en condiciones de jerarquía móvil y bajo las condiciones fácticas x.y.z.” (Prieto, 2002).

“Dicho concepto de *jerarquía móvil* podrá significar que en otras condiciones fácticas, el derecho no prevalente podrá priorizarse sobre el derecho que ahora prospera, pero ello estará en función de las condiciones de hecho que identifiquen un nivel de justificación interna y externa que demuestre que la propuesta del derecho o principio a elegir, también es respetuosa de los derechos fundamentales” (Alexy, 1993, p. 161).

En consecuencia, la ponderación como subprincipio, significa en su real extensión una de las bases interpretativas del “Estado neoconstitucional”, que es la real contraposición entre principios, pues uno finalmente prima sobre otro. Es así que, la ponderación en sentido estricto observa el sentido de *jerarquía móvil* que promueve la “doctrina del neoconstitucionalismo”, lo que representa un punto capital, pues no expresa caracteres absolutos sino aspectos compatibles con la “teoría de los derechos fundamentales”.

c) Omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas

En un Estado neoconstitucional no pueden existir los espacios exentos, pues no se puede aducir islas exentas de control constitucional, es decir, no hay espacios no sujetos a ningún tipo de control, a razón de que la Constitución

representa un valor supremo y así, rige sobre todas las áreas del ordenamiento legal.

Por tanto, no habrá espacios exentos, aun teniendo en cuenta las normas que les asignan a algunos órganos constitucionales cierta autonomía, ya que será necesario de que la justicia constitucional se mantenga vigente mientras no se genere una vulneración evidente de un “derecho fundamental”.

d) Omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario

En “un redimensionamiento del concepto de Estado desde la postura de la interpretación judicial”, Schmitt (2001), afirma que “la última palabra la pronuncia el juez al dirimir un litigio, no el legislador que crea las normas, por ende se dice que vivimos en un Estado jurisdiccional, en el cual el poder de los jueces, al interpretar la Constitución, se refuerza en grado máximo cuando éstos ejercen la atribución de resolver los conflictos jurídicos desde la lectura de los valores que inspiran la Constitución, por encima de las tareas interpretativas del legislador” (p. 26).

“De forma extensiva, la labor de control constitucional está reservada normativamente a favor del juez constitucional, quien mediante los procesos de tutela de derechos fundamentales y de control normativo, podrá determinar si la norma es constitucional o si es inaplicable, y en procesos de control del principio de supremacía normativa de la Constitución, la norma pasará a ser expulsada del ordenamiento jurídico” (p. 27).

e) Coexistencia de una constelación plural de valores en lugar de homogeneidad ideológica

Prieto (2002) precisa que el “neoconstitucionalismo no representa un pacto en torno a unos pocos principios comunes y coherentes entre sí, sino más bien un pacto logrado mediante la incorporación de postulados distintos y tendencialmente contradictorios. Por ende, la constelación plural de valores representa un concepto amplio que simboliza el criterio de apertura del neoconstitucionalismo al acoger soluciones interpretativas ante colisiones de principios cuya solución viene a ser compleja” (p. 63).

El neoconstitucionalismo tiene como esencia de la fortaleza argumentativa a la ponderación de intereses, que permite inferir soluciones a los problemas concretos, reconociéndose el valor de derecho fundamental de cada principio en pugna. Esto quiere decir que, se consigue depurar un resultado material basado en los supervalores de la Constitución, tras una confrontación que se manifiesta en la prevalencia de un puñado de principios apenas coherentes entre sí. Así, en el neoconstitucionalismo los valores diferentes coexisten entre sí, esto representa un avance frente a otras teorías (p. 64).

2.2.1.3. La Constitución.

La Constitución viene a ser una organización política fundamental de una sociedad que se encarna en un instrumento legal, en el cual se agrega la estructura general que cumple la actividad del gobierno de una sociedad.

En palabras de Quiroga (1985), la Constitución en sentido estricto se concibe como: "... conjunto de normas jurídicas de competencia suprema en un Estado. Decimos que es conjunto porque las normas de la Constitución no están aisladas, sino integradas a un sistema en forma de estructura: se trata del sistema constitucional. La función del Derecho constitucional como sistema es la de articular la unidad del ordenamiento jurídico a fin de posibilitar la organización política del Estado y su recreación" (p. 1).

A decir de Quiroga (1985), el Estado "no tiene una constitución sino que es una constitución formada por tres segmentos o estructuras, a saber: la costumbre constitucional, que se expresa en la conducta del pueblo o en la práctica de los órganos de gobierno; la ideología constitucional, que constituye el sentido común social o el 'espíritu del pueblo' hecho de valores sociales; y la normatividad constitucional, hija de la lucha histórica que se encarna en la Constitución positiva del Estado" (p. 1).

En puridad, una Constitución es la respuesta que los gobernantes ofrecen a los requerimientos y aspiraciones de su pueblo por lo que su realización

requiere de la actividad cooperativa —la obediencia— de sus destinatarios, pues sin ella, está inerte. Esto quiere decir que, no tendrá vigencia y, así se afectará su validez, su legitimidad, al no tener consenso, o recibir el simple asentimiento forzado que se otorga a lo impuesto y opresivo (Sachica, 1988, p. 23).

En efecto, hay que inferir que una Constitución es un compromiso inestable, transitorio, dialéctico y dinámico. Es un momento del proceso cooperativo que solo cobra continuidad por renovación ratificada cada día. Es un estatuto en el devenir, afectado por su interna contradicción, por su esfuerzo integrador constante de los elementos concordes y discordes. Es un plan rectificable que ha de reajustarse a cada situación nueva, a cada tropiezo (Sachica, 1988, p. 24).

El Tribunal Constitucional señala que la Constitución contiene valores y principios. En palabras de Freixes y Remotti (1992), “la positivización de los valores y principios significa su inclusión en las normas jurídicas constitucionales, que son las normas supremas del ordenamiento, que al tener eficacia directa, no permite, en primer lugar, evadir su aplicación ni, en segundo término, realizar cualquier interpretación valorativa” (pp. 97-110).

En esa línea, en el contexto del constitucionalismo moderno, Carbonel (2009) señala que se busca explicar un conjunto de textos constitucionales que surgen después de la “Segunda Guerra Mundial”, y sobre todo desde los años 70 del siglo XX. “Se trata de Constituciones que no se limitan a establecer competencias o a separar los poderes públicos, sino que contienen altos niveles de normas ‘materiales’ o sustantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos. Además, estas Constituciones contienen amplios catálogos de derechos fundamentales, lo que viene a suponer un marco muy renovado de relaciones entre el Estado y los ciudadanos, sobre todo por la profundidad y grado de detalle de los postulados constitucionales que recogen tales derechos”.

Por ello, Sachica (1988) precisa que “una Constitución no se construye en el vacío, ni sale de la nada, pues tiene unos marcos, contextos, supuestos y apoyo fáctico como elementos que constituyen su estabilidad, su vigencia, su eficacia. Esto configura una estructura de poder, una organización normada que recoge de la comunidad que pretende ordenar, elementos sociales, fuerzas políticas, instituciones culturales, relaciones económicas, que le son preexistentes, aunque se diga totalmente nueva o revolucionaria. La Constitución no contiene todo el derecho constitucional de un pueblo” (p. 4), pues no agota, ni podría agotar, comprender, la totalidad de su vida institucional. “La Constitución contiene la normatividad fundamental, las reglas básicas que dan forma a su organización política, pero la realidad es más rica que el sistema normativo, este no puede abarcar todos los elementos de aquella ni tampoco regular todas las formas de la actividad política, imprevisibles de suyo. Como consecuencia, la Constitución es un instrumento conservador, de estabilización y defensa de un Estado y, a la vez, un mecanismo de cambios de ese estatus” (Sachica, 1988, p. 11).

Sachica (1988) precisa que muchas de las normas de la Constitución, de la parte dogmática, son simples declaraciones de principios, enunciados de propósitos, exposiciones programáticas, afirmación de valores de tinte polémico o dialéctico contradictorio o negativo, sin sentido preceptivo en rigor, es decir, sin carácter propiamente normativo. En estas normas están

Las directrices filosóficas, las pautas políticas, el diseño ideal del modelo de gobierno, que presiden e inspiran el sistema constitucional y, con ello, todo el orden jurídico, por lo cual no son disposiciones inanes. Su espíritu dirigirá la actuación de los poderes estatales, informará la aplicación de las otras reglas del estatuto constitucional, encauzará los desarrollos legislativos administrativos y jurisprudenciales de las partes propiamente perceptivas de la Constitución. La constitución contiene juicios de valor, fórmulas justificativas de la validez de la actividad estatal, pero también el impulso, el dinamismo y, dialécticamente, la fuerza conservadora de una legitimidad expresada por la normatividad, en cuanto le imprimen una tendencia positiva o negativa, asignando deberes y derechos,

consagrando facultades y garantías, fijando competencias y limitación de poderes (p. 2).

En concreto, toda Constitución está constituida por “normas jurídicas que pueden adoptar la forma de valores, principios y reglas. Los valores enumeran cláusulas generales o finalidades. Las reglas comprenden disposiciones específicas. Valor y regla están positivados, es decir, constan de forma explícita y concreta y pueden claramente apreciarse por medio de una simple interpretación lingüística” (Aragón, 2002, p. 47).

“Los principios se extraen de las reglas constitucionales, y, una vez determinados, tienen proyección normativa, pues consisten en fórmulas de derecho fuertemente consensuadas que acogen en su seno gérmenes de reglas jurídicas; lo que equivale a señalar que los principios no siempre constan explícitamente en el texto constitucional (salvo excepciones como el principio de legalidad), pero que pueden fácilmente deducirse del mismo por medio de una interpretación estructural y sistemática” (Freixes y Remotti, 1992).

En el neoconstitucionalismo, se genera un predominio de los principios sobre las reglas, lo cual conlleva a dejar atrás el método tradicional de interpretación, para utilizar el método de la ponderación por encima de la subsunción, lo que realza el rol activo de los jueces. Se debe considerar que, el texto constitucional positiviza los valores superiores del “ordenamiento jurídico: libertad, justicia, igualdad y pluralismo político”; así como una serie de principios, tales como, los principios democrático, social, parlamentario, de legalidad, etc.

De conformidad al Tribunal Constitucional, se superó la concepción de una soberanía parlamentaria, que consideraba a la ley como la máxima norma jurídica del ordenamiento, para dar espacio “al principio jurídico de supremacía constitucional, conforme a ello, una vez expresada la voluntad del poder constituyente con la creación de la Constitución del Estado, en el orden formal y sustantivo presidido por ella no existen poderes absolutos” (Exp. N°

5854-2005-PA/TC). “Bajo tal postura, la supremacía normativa de la Constitución Política se recoge en sus dos vertientes: aquella objetiva, que precisa que la Constitución preside el ordenamiento jurídico” (art. 51); “aquella subjetiva, en cuyo mérito ningún acto de los poderes públicos” (art. 45) o “de la colectividad en general” (art. 38) puede conculcarla válidamente.

Para Miguel Carbonell, en el neoconstitucionalismo, la Constitución cobra fuerza vinculante que se manifiesta con la idea de que las normas constitucionales obligan a sus destinatarios, lo que supone dotar de contenido normativo a todas las disposiciones constitucionales, e implica transformar la concepción que en el marco legalista se tiene de la Constitución, como un catálogo de recomendaciones a los poderes públicos.

De esta forma, se plantea una cultura jurídica que se basa en “derechos, antes que en normas o deberes jurídicos. Esta nueva realidad lleva al crecimiento del rol de la magistratura que pasa a tomar un lugar institucional clave, diferente al modelo legicentrista anterior” (Santiago y Álvarez, 2000). Este sistema jurídico considera ese esquema, por lo que existe una constitucionalización de nuestro ordenamiento jurídico (Guastini, 2003), que se basa en siete condiciones, tales como:

- a) Incorporación de una Constitución rígida, que incluye los derechos fundamentales;
- b) La garantía jurisdiccional de la supremacía constitucional;
- c) La fuerza vinculante de la Constitución, que no es un conjunto de normas *pro-gramáticas* sino preceptivas;
- d) La *sobreinterpretación* de la Constitución, ya que se la interpreta extensivamente y se deducen de ella sus principios implícitos;
- e) La aplicación directa de las normas constitucionales, que también se aplican a las relaciones entre particulares;
- f) La interpretación conforme a la Constitución de las leyes y normas inferiores;
- g) Influencia de la Constitución en el debate público.

La Constitución, como norma fundamental en el esquema neo-constitucional, tiene alto contenido normativo y material, quiere decir, está pleno de valores, principios, derechos, directrices que se relacionan con los poderes públicos y a los privados, abarcando también los efectos inter partes (Prieto, 2002, p. 205). Esto quiere decir que, la norma normarum alcanza como norma suprema a todos los ámbitos del derecho y a todos los operadores del mismo, sin necesidad de ir al legislador, sino más bien yendo a la judicatura constitucional, que se materializa tanto en el Tribunal Constitucional como en la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema.

2.2.1.4. La supremacía constitucional.

La técnica de atribuir a la Constitución “el valor normativo superior, inmune a las leyes ordinarias y más bien determinantes de la validez de estas, valor superior judicialmente tutelado, es la más importante creación del constitucionalismo norteamericano y su gran innovación frente a la tradición inglesa” (García de Enterría, 1984, p. 50).

De acuerdo a García de Enterría (1984), el sistema americano señala que la “doctrina de la supremacía constitucional se expresa en una ‘vinculación más fuerte’: la Constitución vincula al juez más fuertemente que las leyes, las cuales solo pueden ser aplicadas si son conformes a la Constitución. Así, se forja la doctrina de la supremacía normativa de la Constitución y la instrumentación en su favor del principio de la judicial review, que reconocerá el poder de los Tribunales de declarar nulas, a efectos de su inaplicación, las leyes que contradigan a la Constitución” (pp. 54-55).

En esta línea, el control de la constitucionalidad de las leyes es la consecuencia lógica de la supremacía constitucional de un Estado, por lo que el carácter de suprema ley que se atribuye a la constitución escrita es que las leyes ordinarias, elaboradas por el legislador ordinario, deben respetar la Constitución, no solo en su letra, sino también en espíritu, quiere decir, en sus principios.

En puridad, el principio de supremacía constitucional está muy vinculado al reconocimiento de los derechos fundamentales en el marco del Estado constitucional, al considerar que la norma fundamental está sobre cualquier otra, y en caso de conflicto entre esta y normas de menor jerarquía, prevalecerá la primera, sea expulsando a la norma de inferior jerarquía del ordenamiento jurídico por medio de un proceso de inconstitucionalidad o por medio de la inaplicación de dicha norma al caso concreto conocido como control difuso.

En síntesis, el principio de supremacía constitucional es el más representativo del nuevo esquema constitucional, que se refleja en la primacía de la Constitución, que obliga no solo a los jueces, sino también al Parlamento que tiene el deber de asumir funciones de desarrollo constitucional en el marco de los derechos fundamentales. Por tanto, no se trata de tener una valiosa norma fundamental, sino establecer los mecanismos e instituciones de base que hagan posible concretizar la aplicación del contenido de la Constitución (Tarapues, 2008).

2.2.1.5. Los derechos fundamentales en el Estado de Derecho.

Los “derechos fundamentales” es uno de los elementos del Estado de derecho, en el cual la persona es el centro del sistema jurídico, teniendo como sustento su dignidad y libertad; le asigna al Estado la protección, la promoción y la defensa de los mismos. Los derechos fundamentales se constituyen en la práctica “como principios supremos del ordenamiento jurídico en su conjunto, no solo en la relación del individuo con el poder público actuante en forma imperativa, y afectan también por ello a la relación recíproca de los actores jurídicos particulares, limitan su autonomía privada; rigen también no solo como normas de defensa de la libertad, sino, al mismo tiempo, como mandatos de actuación y deberes de protección para el Estado. Asimismo, debemos considerar la doble dimensión de los derechos fundamentales” (Böckenförde, 1993, p. 95).

En palabras de Alexy, los derechos fundamentales constituyen principios, quiere decir, mandatos de optimización, por ello la calificación de los derechos

fundamentales como valores o principios es uno de los elementos principales del neoconstitucionalismo. Esto resulta importante por su estrecha relación con el control constitucional difuso, pues la calificación de los derechos fundamentales como valores, requerirá al momento de su concreción o aplicación al caso concreto, dejar de lado el método de subsunción, clásico del esquema legalista, y en cambio optar por el método de ponderación, que sirve para solucionar casos en que entran en conflicto dos derechos o más precisamente, dos principios (Bernal, 2003, p. 77).

Como consecuencia, “la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales no puede realizarse a priori, quiere decir, al margen de los principios, los valores y los demás derechos fundamentales que la Constitución reconoce” (Peces-Barba, 1999, p. 37).

Por ello, “el contenido esencial de un derecho fundamental es la concreción de las esenciales manifestaciones de los principios y valores que lo informan, su determinación necesita de un análisis sistemático de este conjunto de bienes constitucionales, en el que adquiere participación medular el principio-derecho de dignidad humana, al que se reconducen, en última instancia, todos los derechos fundamentales de la persona” (Peces-Barba, 1999, p. 37).

2.2.1.6. El papel de la judicatura en la justicia constitucional.

Los jueces cumplen un papel protagónico en la judicatura constitucional, debido a la irradiación de la Constitución en todo el sistema jurídico y a la expansión de los derechos fundamentales, lo que es garantizado a través de los órganos jurisdiccionales y así se produce lo que el neoconstitucionalismo conoce como activismo judicial. Este neoconstitucionalismo propugna “una nueva relación del Poder Judicial con los demás órganos de gobierno y con la sociedad civil para el logro de la vigencia de los derechos fundamentales. Los jueces deben controlar y aun suplir a los demás poderes para proteger los derechos y hacer efectivas las promesas constitucionales” (Santiago y Álvarez, 2000, p. 13).

La presencia de valores obliga a los jueces la tarea de ponderar y sopesar el principio que prevalece o debe ser aplicado al caso concreto de forma justificada y razonable, determinando su contenido en el caso particular, ya que si no justifica su razonamiento o no da razones de peso, se podría llegar a lo arbitrario.

En consecuencia, la ponderación es “un método para la resolución de cierto tipo de antinomias o contradicciones normativas. Desde luego, no de todas, no de aquellas que pudieran resolverse mediante alguno de los criterios al uso, jerárquico, cronológico o de especialidad. Es obvio que los dos primeros no son aplicables a los conflictos constitucionales que se producen en el seno de un mismo documento normativo” (Prieto, 2002, p. 212).

Por tanto, el modelo institucional del “Poder Judicial” y del “Tribunal Constitucional” propio del neoconstitucionalismo no es una corte moderada, sino una corte activista, lo que se aprecia en las sentencias emitidas por dichos órganos que ejercen el control constitucional (Santiago y Álvarez, 2000, p. 15).

2.2.2. El Control Difuso.

2.2.2.1. Antecedente americano.

a. El proceso judicial Marbury vs Madison.

El control difuso se inicia en los Estados Unidos en el año 1803 con la sentencia expedida en el proceso judicial Marbury vs Madison, bajo el sustento de la supremacía constitucional, afirmando que: “Ciertamente, todos aquellos que han elaborado constituciones escritas las consideran la ley fundamental y suprema de la Nación, y, consecuentemente, la teoría de cualquier gobierno de ese tipo debe ser que una ley repugnante a la Constitución es nula” (pp. 5-15). Dicha afirmación toma en cuenta dos premisas importantes en el estudio del control constitucional: i) la primera está referida a que “la Constitución” es la norma fundamental y suprema de una

Nación; y, ii) la segunda, a la nulidad de una norma que se dice contraria a “la Constitución”.

Sobre el particular, el autor Blume (1996) precisa que “(...) casi en forma unánime los constitucionalistas aceptan que el primer antecedente sobre el control de constitucionalidad lo constituye el Caso Marbury vs Madison, (...)”. En este sistema, “(...) el control de la constitucionalidad corresponde a los jueces y magistrados, quienes, al resolver los casos concretos que conocen, si observan que entre las posiciones jurídicas que tienen las partes existe incompatibilidad entre una norma constitucional y una de inferior jerarquía, deben preferir la primera” (p. 26).

En el caso judicial Marbury vs Madison (1803), llegan a ser importante los extractos más relevantes de su contenido:

En realidad, todos aquellos que han elaborado constituciones escritas las consideran como la ley fundamental y suprema de la nación y, en consecuencia, la teoría de todo gobierno de esa naturaleza, tiene que ser que una ley del Congreso que repugnara a la Constitución, debe considerarse inexistente. Esta teoría, por su esencia misma, va inválida en una Constitución escrita y, en consecuencia, este Tribunal tiene que considerarla como uno de los principios fundamentales de nuestra sociedad (...)

Indudablemente, es de la competencia y del deber del Poder Judicial el declarar cuál es la ley... si una ley se opone a la Constitución; si tanto la ley como la Constitución pueden aplicarse a determinado caso, en forma que el tribunal tiene que decidir ese caso, ya sea conforme a la ley y sin tomar en cuenta la Constitución, o conforme a la Constitución, haciendo a un lado la ley, el tribunal tiene que determinar cuál de estas reglas en conflicto rige el caso. Esta es la verdadera esencia del deber judicial (...)

los tribunales deben tomar en cuenta la Constitución y la Constitución es superior a toda ley ordinaria del Legislativo, (luego) entonces la

Constitución y no la tal ley ordinaria, tiene que regir en aquellos casos en que ambas serían aplicables.

b. La argumentación de la sentencia.

La argumentación de la sentencia contiene, conforme a Nino (1991), la siguiente estructura:

- “1. El deber del Poder Judicial es aplicar la ley.
 2. Cuando hay dos leyes contradictorias, no hay más remedio que aplicar una desechando la otra.
 3. La Constitución es la ley suprema y define qué otras normas son ley.
 4. La supremacía de la Constitución implica que cuando entra en conflicto con una norma dictada por el Congreso, esta segunda deja de ser válida.
 5. La negación de la premisa anterior supondría que el Congreso puede modificar la Constitución dictando una ley ordinaria, por lo que la Constitución no sería operativa para limitar al Congreso.
 6. El Congreso está limitado por la Constitución.
 7. Si una norma no es una ley válida, carece de fuerza obligatoria.
- Conclusión: una ley contraria a la Constitución no debe ser aplicada por el Poder Judicial”.

Ciertamente, el control constitucional difuso aparece como consecuencia de la emisión de la sentencia *Marbury vs Madison*, en la que la Constitución se instaura como norma suprema; y, los jueces tienen el deber de hacerla cumplir, pues no deben aplicarla cuando consideran que es una norma contraria a la Constitución.

2.2.2.2. Antecedente Peruano.

En el Perú, el control difuso aparece en el proyecto de la Constitución de 1931, elaborado por la Comisión presidida por Manuel Vicente Villarán, cuyo texto no fue incorporado en la Constitución de 1933, pero sí fue recogido en el

Código Civil de 1936; y es recién en la Constitución de 1979¹ que el control difuso se introduce en la Carta Magna. En la época del Código Civil de 1936, se consideraba que el control difuso solo se aplicaba a los casos regulados por el Código Civil, por tal motivo fueron pocos los casos en que los jueces ejercieron el control difuso. Dicha errónea interpretación se mejoró con la Ley Orgánica del Poder Judicial del año 1963 que incorporó normativamente el control constitucional difuso, para luego ser constitucionalizado por la Carta Magna de 1979; manteniéndose en el texto constitucional vigente de 1993.

En tal sentido, recién en “la Constitución Política de 1979 se incorporó por primera vez el modelo de control difuso y el modelo de control concentrado, que fue una especie de modelo híbrido que permitió otorgar a dos órganos distintos el deber de controlar la constitucionalidad, teniendo en cuenta la concepción de estos controles como fundamento de su establecimiento” (Morales, 2017).

En palabras de Eguiguren (2003) “la Constitución Española de 1978 inspiró a la Constitución Peruana de 1979, pues esta adoptó de ella, algunos elementos del control de constitucionalidad, tales como el modelo de control difuso donde se implanta un Tribunal de Garantías Constitucionales, la acción de inconstitucionalidad y los derechos fundamentales” (p. 131).

Asimismo, cabe expresar que el modelo de control de constitucionalidad español recibió un influjo de los modelos germano-federal y del sistema italiano. De ahí que, el modelo de control de constitucionalidad español no adoptó un modelo constitucional clásico, sino que se conformó en las bases del constitucionalismo continental-europeo. Así, se concibió un sistema de control concentrado en la jurisdicción que se otorgó a un órgano predeterminado y especializado conocido como Tribunal Constitucional. Dicho órgano se encargaría del control de la Constitución o de la defensa de la Constitución, sin ser comprendida dicha facultad a nivel constitucional, pues aquella

¹ Constitución del Perú 1979: Artículo 236.- “En caso de incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal ordinaria, el juez prefiere la primera. Igualmente, prefiere la norma legal sobre toda otra norma subalterna”.

atribución era asignada a partir de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Español que regula sus funciones (Fernández, 1999, pp. 15-17).

De acuerdo a Quiroga (2003), el control de constitucionalidad establecido en España recibió el influjo del sistema americano, conforme a lo señalado por el artículo 163° de la Constitución Española de 1978. Así, en España el “control de constitucionalidad se desarrolla conforme al sistema americano, pero se percibe a dicha disposición como un control de constitucionalidad que pertenece al sistema mixto, debido a que se inicia dentro de un pedido de parte en el Poder Judicial y, tras detectarse la incompatibilidad de la norma con la Constitución, se procede a derivarla al Tribunal Constitucional, el cual pertenece al sistema concentrado” (pp. 246-252).

“De modo contrario, en el Perú la idea de un órgano que se encargara de realizar un control de constitucionalidad —como el modelo de Kelsen— no era comprendido, pues el control concentrado lo realizaba el Tribunal de Garantías Constitucionales y el control difuso lo realizaba cualquier juez del Poder Judicial” (Sobrevilla, 1973, pp. 154-162).

“Respecto al control de constitucionalidad austriaco, cabe señalar que se desarrolló en 1920, con la instauración de su Constitución, y la comprensión de un control de constitucionalidad a las leyes y a los reglamentos” (Kelsen, 2016, p. 6-7).

“De esta manera, se llevaría a cabo un control a los actos emitidos tanto por el Poder Legislativo como por los órganos administrativos, deduciéndose un control de constitucionalidad directo e indirecto. En el control de constitucionalidad que tendría que realizar el órgano facultado, el Tribunal Constitucional tiene la finalidad de garantizar la responsabilidad personal del órgano que promulgó la norma inconstitucional y la no aplicación de la norma inconstitucional” (Kelsen, 2016, p. 6-7).

Sin embargo, la facultad de no aplicación de la norma inconstitucional ya había sido concebida como modelo de control de constitucionalidad en Estados Unidos, la cual fue adoptada en distinta forma. En esta línea, la no adaptación del modelo de control constitucional al estilo norteamericano en la Constitución austriaca, de modo estricto, sucedió porque consideraron que se producirían fallos contradictorios, al momento de no aplicar la norma inconstitucional a un caso y en otro. (Kelsen, 2016, p. 6-7). “Como consecuencia, se podría producir la falta de seguridad jurídica que ponía en riesgo la normatividad de la Constitución. Esto significa que, en unos casos la Constitución es una norma suprema al confrontarla con la Ley, y en otros la Constitución no es una norma suprema al confrontarla con la ley pues no se produce la inaplicación de la ley” (Morales, 2017).

Asimismo, cabe señalar que en Europa continental los órganos administrativos no tuvieron la facultad de controlar la constitucionalidad de las leyes y, por tanto, inaplicar las normas inconstitucionales. Esto quiere decir que la facultad de control de la constitucionalidad recayó exclusivamente en el Poder Judicial, sin ser atribuida dicha facultad como competencia compartida con la administración pública, siendo el fundamento del mismo la facultad de aplicación de las normas (que ejerce el Poder Judicial), y con ello la supremacía de la Constitución. Dicha inaplicación de la norma inconstitucional por parte del Poder Judicial trajo consigo la inseguridad en la expedición del fallo, ya que podían existir criterios contradictorios frente a situaciones similares, lo que obligó a regular la prerrogativa del control constitucional como una facultad que solo lo puede realizar la Corte Suprema. (Kelsen, 2016, p. 6-7).

Por lo anterior,

la Corte Suprema como el órgano encargado de efectuar el control de constitucionalidad evitaba la posibilidad de que cualquier otro órgano emita un fallo contradictorio en relación al control de constitucionalidad llevado a cabo por otro órgano jurisdiccional, de esta manera, el control constitucional efectuado por la máxima instancia judicial, vincularía a los jueces de inferior jerarquía. Así es que, la Corte Suprema no expulsaba la norma inconstitucional que era inaplicable porque carecía

de dicha prerrogativa, es decir, su facultad era dirimir conflictos a pedido de un interés particular, así, la no aplicación de la norma en el caso concreto y la aplicación en otros casos provocaba incertidumbre en la ley cuestionada, pues al tener la ley la característica de general, esta seguirá en vigencia. Por tanto, el control de constitucionalidad establecido en Austria distó en su diseño del control de constitucionalidad que se realizaba en Norteamérica y luego del modelo adoptado en el Perú (Kelsen, 2016, p. 6-7).

2.2.2.2.1. El control constitucional disperso en la Constitución de 1979.

La Constitución de 1979 introdujo de modo expreso el control disperso de la Constitución a cargo de los jueces, a su vez, estableció constitucionalmente la prevalencia de la Constitución frente a cualquier otra ley.

“Artículo 87°: La Constitución prevalece sobre toda otra norma legal. La ley sobre toda otra norma de inferior categoría, y así sucesivamente de acuerdo a su jerarquía jurídica, (...)”

Artículo 236°: En caso de incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal, el juez prefiere la primera. Igualmente, prefiere la norma legal sobre toda otra subalterna”.

En la Constituyente de 1979, el sistema del control constitucional disperso, se debatió extensamente conforme consta en el diario de debates en su 55° sesión del 28 de mayo de 1979. El proyecto original de la norma en cuestión, elaborado por el Constituyente Javier Valle-Riestra era el siguiente: “En caso de que el juez deje de aplicar una ley por considerarla incompatible con una norma constitucional, la sentencia debe ser elevada en consulta a la Corte Suprema. La Corte Suprema para resolver elevará previamente el asunto al Tribunal de Garantías Constitucionales para que se pronuncie sobre la inconstitucionalidad de la ley” (p. 257).

La polémica se desató en relación a la segunda parte del artículo antes referido, se discutía que no era posible que el control disperso de la Constitución a cargo de los jueces deba ser revisada por el Tribunal de Garantías Constitucionales. A razón de esta polémica, la Comisión propuso la sustitución del artículo 242° del proyecto, aprobándose el artículo sustitutorio propuesto por el Señor Vega García: “Artículo 242°: En caso de incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal ordinaria, el juez prefiere la primera. Igualmente, prefiere la norma legal sobre toda otra norma subalterna” (p. 305).

En cuanto al tema de la revisión del control disperso de la Constitución por el Tribunal de Garantías Constitucionales, el señor Doig afirmaba que: “...La facultad de declarar la inconstitucionalidad de la ley por acción, no es un acto jurisdiccional. Ha convenido en eso la Corte Suprema, porque es la verdad, es un acto de tipo político. También sabemos que de acuerdo a la Ley Orgánica y de acuerdo al Título 1 del Código Civil, esta facultad que tiene la Corte Suprema para en cierta forma no aplicar una ley que es inconstitucional a criterio de la Corte, en el logro jurisdiccional porque atenta contra la jerarquía de la norma que es la Constitución, o sea, Señor, es contraria a la Constitución. Entonces, nunca la Corte Suprema de Justicia en el Perú, la legislación peruana le ha dado facultad de abrogar una ley y declarar que la ley es inconstitucional” (p. 553).

Hay un camino, “por vía de excepción, en un problema que se puede presentar, y la Corte Suprema, los jueces del Perú tienen la facultad de cogitar entre estas leyes y preferir en la jerarquía a la Constitución.” Esto es un acto jurisdiccional, por tanto, se debería incorporar en el texto constitucional.

2.2.2.2.2. La Ley Orgánica del Poder Judicial vigente.

Tras la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1963 y en la vigencia de la Constitución de 1979, que reguló el control constitucional difuso, se promulga la Ley Orgánica del Poder Judicial, vigente a la fecha, Texto Único Ordenado, aprobado por “Decreto Supremo N° 017-93-JUS”, que en el artículo 14 regula el control difuso, que dispone que todos los jueces tienen la facultad de ejercer

el control difuso, A su vez, dicha norma dispuso qué instancia es la que valida el ejercicio del control difuso ejercido por los jueces, al señalar que:

“Artículo 14°. De conformidad con el Art 236° de la Constitución, cuando los magistrados al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, en cualquier clase de proceso o especialidad, encuentren que hay incompatibilidad en su interpretación, de una disposición constitucional y una con rango de ley, resuelven la causa con arreglo a la primera.

Las sentencias así expedidas son elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, si no fueran impugnadas. Lo son igualmente las sentencias en segunda instancia en las que se aplique este mismo precepto, aun cuando contra estas no quepa recurso de casación.

En todos estos casos, los magistrados se limitan a declarar la inaplicación de la norma legal por incompatibilidad constitucional, para el caso concreto, sin afectar su vigencia, la que es controlada en la forma y modo que la Constitución establece.

Cuando se trata de normas de inferior jerarquía, rige el mismo principio, no requiriéndose la elevación en consulta, sin perjuicio del proceso por acción popular”.

En el caso de que un Juez de primera instancia ejerza control difuso y fuera apelada la sentencia a la Sala Superior confirmándose la misma, la Corte Suprema ha interpretado que al haber doble conformidad no se necesita elevar en consulta. No obstante, en el sistema de la justicia ordinaria, aún no está definida la instancia que ordena y sistematiza el control constitucional difuso.

Por tanto, los antecedentes del control difuso en nuestro país no muestran claridad en su legislación procesal, al contrario, se muestra que los jueces no

han tenido capacidad para dar contenido procesal y sustantivo a la aplicación del control difuso.

2.2.2.3. El control constitucional en el sistema jurídico.

La actual Constitución Política ha regulado dos tipos de control constitucional: el difuso y el concentrado. Así, por un lado, el artículo 138° de la norma fundamental, afirma que:

“Artículo 138°. La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes.

En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.”

De otro lado, el artículo 201° de la norma en cuestión, en consonancia con el artículo 202°, señalan lo siguiente:

“Artículo 201°. - El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución. Es autónomo e independiente (...).”

“Artículo 202°. - Corresponde al Tribunal Constitucional:

- 1. Conocer, en instancia única, la acción de inconstitucionalidad.*
- 2. Conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data, y acción de cumplimiento.*
- 3. Conocer los conflictos de competencia, o de atribuciones asignadas por la Constitución, conforme a ley.”*

2.2.2.3.1. El control concentrado.

El artículo 201° precisa que el “Tribunal Constitucional” es “el órgano de control de la Constitución” y el máximo intérprete de la misma, por ello ha desarrollado una intensa labor para la protección de los derechos

fundamentales, pronunciándose sobre la constitucionalidad de normas legales como leyes, decretos legislativos, decretos leyes, reglamentos, entre otros.

El control concentrado de la “constitucionalidad de las leyes, contrariamente al sistema difuso, está caracterizado por el hecho de que el ordenamiento constitucional confiere a un solo órgano estatal el poder de actuar como juez constitucional, quiere decir, que este sistema existe cuando un solo órgano estatal tiene la facultad de decidir jurisdiccionalmente la nulidad por inconstitucionalidad de los actos legislativos y otros actos del Estado de rango y valor similar” (Rubio, 1999).

El control concentrado, conocido como control abstracto, consiste en la derogación o anulación de la norma o cualquier acto de poder que sea contrario a la Constitución. Este control lo cumple un órgano ubicado fuera de la estructura del Poder Judicial, un órgano constitucionalmente autónomo.

El Tribunal Constitucional.

El Tribunal Constitucional es un órgano constitucionalmente autónomo, con funciones y características propias cuyo funcionamiento está delimitado por su Ley Orgánica. Estos órganos constitucionales:

Son creados de manera expresa por el poder constituyente en la Constitución; son órganos técnicos altamente especializados; son independientes funcionalmente de los poderes del Estado; los titulares son elegidos o designados por los poderes públicos o residualmente por gremios o entidades privadas; gozan de autonomía administrativa, presupuestal y normativa, básicamente; los titulares gozan de prerrogativas e inmunidades para la determinación de sus responsabilidades; sostiene con los poderes y gobiernos descentralizados relaciones de coordinación; y, son entidades públicas con competencias de cobertura nacional (Caballero, 2000, p. 153).

En este sentido, Pérez (1998) ha precisado las características del Tribunal Constitucional de la siguiente manera:

- a) Es un órgano único, en el que se concreta la interpretación definitiva y vinculante de la Constitución.
- b) Es un órgano jurisdiccional, aunque no integrado en el Poder Judicial.
- c) Su competencia básica consiste en el control constitucional de las leyes.
- d) Sus competencias adicionales van en la misma dirección: protección de los derechos fundamentales, protección de la distribución territorial del poder y, protección de la división de poderes. (p. 925).

En el caso peruano, la norma suprema regula en su artículo 201° que: “El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución. Es autónomo e independiente...”. Es así que, la norma suprema opta por colocar al Tribunal Constitucional, pese a tener carácter jurisdiccional, fuera de la estructura y organización del Poder Judicial; ello en virtud al régimen constitucional propio que este órgano requiere por la necesidad de mayor autonomía e independencia en relación con los demás órganos y poderes, a quienes controla. Por tanto, el control constitucional que este Tribunal asume en cumplimiento de “la Constitución y de su Ley Orgánica” no solo garantiza los no excesos de poder, sino que hace prevalecer la Constitución y además garantiza “la plena vigencia de los derechos fundamentales”.

El control difuso es importante para el “Tribunal Constitucional”, por ello en la sentencia recaída en el Expediente N° 1680-2005-PA/TC, desarrolló los alcances del “control judicial de constitucionalidad de las leyes, como una competencia reconocida a todos los órganos jurisdiccionales para declarar la inaplicabilidad constitucional de la ley, con efectos particulares, en todos aquellos casos en los que la ley aplicable para resolver una controversia es manifiestamente incompatible con la Constitución” (control difuso).

Los procesos constitucionales están a cargo tanto del Tribunal Constitucional como del Poder Judicial. Así, el Tribunal Constitucional conoce en última instancia los procesos constitucionales cuando estos habiendo sido desestimados, son objeto de impugnación mediante “un recurso extraordinario de agravio constitucional. Sin embargo, hay excepciones a la regla, respecto a la procedencia del recurso de agravio constitucional” (Acuña, 2014, p.117). Por ello, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en esta materia muestra que dicho órgano ha acogido causas de procesos constitucionales en los que no ha existido desestimación, sino que han sido resueltos pero los efectos de la sentencia no han tenido proporcionalidad para tutelar el derecho, o cuando han existido temas procesales de fondo que hayan podido afectar la decisión, entre otros.

En nuestro sistema dual o paralelo, el control constitucional concentrado es ejercido exclusivamente por el Tribunal Constitucional; y, por otro lado, el control difuso es ejercido por el Poder Judicial pero también por el Tribunal Constitucional. Esto último en virtud del artículo 202° de la Constitución Política, que señala que el Tribunal Constitucional es competente para conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data y acción de cumplimiento.

2.2.2.3.2. El control difuso.

El control difuso se realiza de modo desconcentrado en las diversas instancias del Poder Judicial, en la resolución de casos concretos, a diferencia del control concentrado cuya notoriedad radica en la resolución de causas abstractas, vale decir, el cuestionamiento de la norma en sí misma y no en la afectación que la aplicación de esta puede generar a los particulares.

Desde una perspectiva práctica, el control constitucional difuso se considera a aquel que se realiza en un juicio en el que uno de los litigantes basa su pretensión procesal en una ley que se reputa inconstitucional, por ello, surge como una mera defensa alegada por el justiciable en un proceso judicial cualquiera; empero, el juez de oficio posee la obligación de declarar la inaplicabilidad de la ley cuando esta va contra la Constitución Política.

En la doctrina constitucional peruana, en el año 1939 se precisaba sobre el control constitucional que, “el principio de la no aplicación de las leyes inconstitucionales es un complemento necesario del Poder Judicial. Esto representa un avance en la vida institucional de la República, uno de los fenómenos de la tendencia a la racionalización del poder y una oportuna defensa de los principios y normas constitucionales” (Pareja Paz Soldán, 2005, p. 134).

La declaración de inconstitucionalidad que realizan los jueces ordinarios, según Vanossi (2013), viene a ser una decisión sobre la norma aplicable a la solución de un conflicto: “cuando el conflicto está planteado entre normas de distinta jerarquía en la pirámide normativa, debe preferir la aplicación de la norma superior y eliminar la norma inferior. Como en todo conflicto hay intereses en juego, la solución que arbitre el juez-intérprete consistirá en asignar una preeminencia en un conflicto entre intereses” (pp. 128-129).

Esta forma de control de la constitucionalidad está legislada en el artículo 138° de la Constitución, concordante con el artículo 51° de la misma Carta, que está referido a la supremacía de la Constitución ante cualquier otra norma. De otro lado, la Ley Orgánica del Poder Judicial en su artículo 14° legisla el control difuso de la Constitución, pero no solamente enuncia el principio, sino que también plantea la forma de ejercerlo.

En esta línea, la esencia del método difuso de control de constitucionalidad reside en la noción de supremacía constitucional y en su efectiva garantía, lo que significa que, si hay actos en contra de la Constitución, estos son nulos y así tienen que ser considerados y rechazados por los jueces, quienes deben aplicar las leyes.

“El Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente N° 1383-2001- AA/TC”, precisó que “el control difuso es un acto complejo en la medida en que significa preferir la aplicación de una norma cuya validez, en principio, resulta beneficiada de la presunción de legitimidad de las normas del Estado”.

“El Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente N° 1679-2005-PA/TC”, ha precisado que: “... El control difuso de constitucionalidad de las leyes es una competencia reconocida a todos los órganos jurisdiccionales para declarar inaplicable una ley, con efectos particulares en todos aquellos casos en los que la ley resulta manifiestamente incompatible con la Constitución. El control difuso es, entonces, un poder-deber del juez consustancial a la Constitución del Estado Democrático y Social de Derecho. Conviene siempre recalcar que la Constitución es una auténtica norma jurídica, la Ley Fundamental de la sociedad y del Estado, y un derecho directamente aplicable. Y es que, como sostuvo el Chief Justice Jhon Marshall, al redactar la opinión de la Corte Suprema en el Leanding Case Marbury v. Madison, resuelto en 1803, ‘El poder de interpretar la ley (...), necesariamente implica el poder de determinar si una ley es conforme con la Constitución. En cualquier causa que involucre dos leyes en conflicto, el juez debe decidir cuál es la que debe regir. Así, si una ley está en oposición con la Constitución, si la ley y la Constitución son ambas aplicables a un caso particular, de manera que la Corte deba decidir esa causa conforme a la ley, sin atender a la Constitución, o conforme a la Constitución, sin atender a la ley; la Corte debe determinar cuál de estas normas en conflicto rige en el caso. Esto es de la misma esencia de los deberes judiciales’”.

En rigor, el juez tiene como deber la tarea de “interpretar la ley con arreglo a la Constitución que no solo se presenta como una exigencia lógica y consustancial al carácter normativo de la Ley Fundamental, que así exige que el derecho infra-ordenado se aplique siempre en armonía con ella; sino también, como un límite al ejercicio del control judicial de constitucionalidad de las leyes, que exige de los jueces de toda sede y grado, procurar hasta donde sea razonablemente permisible, una interpretación de la ley que esté en armonía con la Constitución” (Exp. 1680-2005-PA/TC).

A su vez, “el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 1383-2001-AA/TC – LIMA”, ha señalado que el control difuso es:

La facultad de controlar la constitucionalidad de las normas con motivo de la resolución de un proceso de amparo constituye un poder-deber por imperativo de lo establecido en el artículo 138°, segundo párrafo de la Constitución. A ello mismo autoriza el artículo 3° de la Ley N° 23506. El control difuso de la constitucionalidad de las normas constituye un poder-deber del Juez al que el artículo 138° de la Constitución habilita en cuanto mecanismo para preservar el principio de supremacía constitucional y, en general, el principio de jerarquía de las normas enunciado en el artículo 51 de nuestra norma fundamental.

En esta sentencia, se resalta que el control difuso es un acto complejo en la medida en que significa preferir la aplicación de una norma cuya validez, en principio es beneficiada de la presunción de legitimidad de las normas del Estado. Por lo tanto, su ejercicio no es un acto simple, requiriéndose para que sea válido, la verificación en cada caso de los siguientes presupuestos:

- a) Que, en el proceso constitucional, el objeto de impugnación sea un acto que constituya la aplicación de una norma considerada inconstitucional.
- b) Que la norma a inaplicarse tenga una relación directa, principal e indisoluble con la resolución del caso, es decir, que ella sea relevante en la resolución de la controversia.
- c) Que la norma a inaplicarse resulte evidentemente incompatible con la Constitución, aun luego de haberse interpretado de conformidad con la Constitución, en virtud del principio enunciado en la Segunda Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional”.

2.2.2.4. Características del control difuso.

El modelo del control difuso presenta las siguientes características (Blanco, 2006):

- a) Aplica la disposición legislativa superior en jerarquía y rechaza la inferior en el caso de contradicción:** Esta es una regla de interpretación del Derecho que los jueces están autorizados a emplear en su función de administrar justicia y, por consiguiente, no existe una invasión del juez en la esfera legislativa. Se protege la división de

poderes, el propio Kelsen lo denominó al Juez en estos casos como un legislador negativo.

b) Cualquier juez está investido del poder de no aplicar la ley contraria a la Constitución, de oficio o a petición de parte, en cualquier caso sometido a su conocimiento (vía incidental o indirecta): La inconstitucionalidad se presenta en todo tipo de procedimiento judicial, pues no existe un procedimiento especial para dilucidar la materia constitucional, así se discute, tramita y falla dentro del juicio en que se plantea y llega a los tribunales superiores por medio de los recursos ordinarios o extraordinarios. La cuestión constitucional se falla, en conjunto con el fondo del asunto, en la sentencia definitiva. No hay un procedimiento previo sobre la constitucionalidad.

c) La cuestión de inconstitucionalidad no se puede proponer por vía de acción, ajena a un conflicto judicial: Esto no significa que el actor en la vía judicial no puede promover la inconstitucionalidad de una ley que le perjudica en el caso concreto bajo la decisión del juez o tribunal.

d) La sentencia que declara la inconstitucionalidad de la ley tiene efectos: solo en relación con el caso concreto (inaplicabilidad al caso concreto), pero por el stare decisis (precedente judicial) produce efectos generales.

En cuanto a los límites del ejercicio del control constitucional difuso, se debe mencionar a los siguientes:

a) En primer lugar, el control de constitucionalidad se realiza en el seno de un caso judicial, esto es, luego del planteamiento de un problema jurídicamente relevante que se halla sometido al juez para su solución. El ejercicio de esta delicada competencia efectivamente no puede realizarse fuera del ejercicio de lo que es propio de la función jurisdiccional, pues los tribunales de justicia no son órganos que

absuelvan opiniones consultivas acerca de la validez de las leyes. Tampoco órganos que resuelvan casos simulados o hipotéticos, ni entes académicos que se pronuncien sobre el modo constitucionalmente adecuado de entender el sentido y los alcances de las leyes.

b) En segundo lugar, el control de constitucionalidad solo podrá practicarse siempre que la ley de cuya validez se duda sea relevante para resolver la controversia sometida al juez. En esta línea, el juez solo estará en actitud de declarar su invalidez cuando la ley este directamente relacionada con la solución del caso, término este último que no puede entenderse como circunscrito solo a la pretensión principal, sino que comprende, incluso, a las pretensiones accesorias que se promuevan en la demanda o se establezcan en la ley. La legislación no ha hecho mención al control constitucional cuando se resuelve un incidente o cuando el proceso se encuentra en ejecución de sentencia; sin embargo, la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema ha admitido dicha posibilidad a través de su jurisprudencia.

El juicio de relevancia que subyace al ejercicio válido del control de constitucionalidad no solo tiene el propósito de recordar el carácter jurídico del control de constitucionalidad de las leyes, sino también de erigirse como un límite a su ejercicio mismo, puesto que, como antes se ha recordado, en los procesos de la libertad está vedado cuestionar hipotética o abstractamente la validez constitucional de las leyes (*nemo iudex sine actor*).

c) En tercer lugar, es preciso que quien plantee al juez la realización del control judicial de constitucionalidad de la ley acredite que su aplicación le ha causado o pueda causarle un agravio directo, pues, de otro modo, el juez estaría resolviendo un caso abstracto, hipotético o ficticio.

d) Por último, el ejercicio del control judicial de constitucionalidad de las leyes no puede realizarse respecto de leyes o normas con rango de ley cuya validez haya sido confirmada por este Tribunal en el seno de un

control abstracto de constitucionalidad. Este límite tiene el propósito de poner en evidencia que, si bien el Tribunal no tiene el monopolio del control de constitucionalidad, pues su cuidado es una tarea que compete a la sociedad abierta de los intérpretes jurisdiccionales de la Constitución, al Tribunal la Constitución le ha confiado su custodia especializada.

En tal sentido, el segundo párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, ha expresado que: *“Los jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o en un proceso de acción popular”*.

En esa línea normativa, la primera disposición final del Código Procesal Constitucional ha precisado que: *“Los jueces y Tribunales interpretan y aplican las leyes y toda norma con rango de ley y los reglamentos respectivos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos”*.

Asimismo, el Tribunal Constitucional, menciona los alcances de este último límite al ejercicio del control judicial de constitucionalidad de las leyes, al observar que, como toda regla, esta posee sus excepciones, tales como:

“(i) En primer término, la restricción de efectuar el control de constitucionalidad respecto de una ley cuya validez fue confirmada por este Tribunal, no rige en todos aquellos casos en los que la ley, posteriormente, haya sido declarada nula o sin efectos jurídicos, por su manifiesta incompatibilidad con un tratado sobre derechos humanos, por un Tribunal Internacional de Justicia en materia de derechos humanos, al cual el Estado peruano se encuentre sometido a su competencia contenciosa.

Ese es el caso, por ejemplo, de las Leyes de Amnistía N° 26479 y 26492, que fueron consideradas incompatibles con la Convención Americana de Derechos Humanos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la

Sentencia Caso Barrios Altos, del 18 de septiembre de 2003 (Cfr. STC 0275-2005-PH/TC).

(ii) En segundo lugar, el juez podrá realizar el control judicial de constitucionalidad de una ley en todos aquellos casos en los que, tras el pronunciamiento de este Tribunal declarando en abstracto la validez constitucional de una ley, sin embargo, advirtiese que su aplicación en un caso dado y bajo circunstancias concretas, podría resultar inconstitucional.

Así se sostuvo en las STC N° 0009-2001-AI/TC, 0010-2002-AI/TC, 0004-2004- AI/TC, entre otras, donde si bien no se invalidó en abstracto una ley, este Tribunal delegó en el juez ordinario realizar el balancing, precisando que su aplicación podría poner en riesgo determinados bienes constitucionalmente protegidos.

(iii) Por último, cuando pese a la existencia de un pronunciamiento de este Tribunal declarando la validez constitucional de una ley determinada, el Congreso posteriormente modifica la Constitución —respetando los límites formales y materiales a los que está sujeto el poder de la reforma constitucional—, dando lugar a un supuesto de inconstitucionalidad sobreviniente de la ley (Cfr. STC N° 0014-2003-AI/TC y STC N° 0050-2004-AI/TC)”.

2.2.2.5. Las bases normativas del Control difuso.

A diferencia del ejercicio del control difuso por el Tribunal Constitucional, el Poder Judicial tiene un deber en virtud del artículo 138° de la norma fundamental, de preferir la norma constitucional. Esto no dista del deber que podrían tener otros agentes de derecho, pero, en la judicatura el control difuso se ejerce de manera accesorio, vale decir, no es la pretensión principal del proceso, sino la consecuencia de hacer justicia y respetar el principio de supremacía constitucional y de vigencia de los derechos fundamentales.

Como consecuencia, se concibe que la declaración de inconstitucionalidad de la ley es relevante y determinante para resolver el caso, es inaplicable solo al

caso materia sub litis. Esto último tiene como consecuencia que la ley siga vigente y plenamente operativa, aplicable y susceptible de ser invocada en otros procesos.

A su vez, la Ley Orgánica del Poder Judicial, señala que:

Artículo 14.- Supremacía de la norma constitucional y control difuso de la Constitución.

De conformidad con el Art. 236° de la Constitución, cuando los magistrados al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, en cualquier clase de proceso o especialidad, encuentren que hay incompatibilidad en su interpretación, de una disposición constitucional y una con rango de ley, resuelven la causa con arreglo a la primera.

Las sentencias así expedidas son elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, si no fueran impugnadas. Lo son igualmente las sentencias en segunda instancia en las que se aplique este mismo precepto, aun cuando contra estas no quepa recurso de casación.

En todos estos casos, los magistrados se limitan a declarar la inaplicación de la norma legal por incompatibilidad constitucional, para el caso concreto, sin afectar su vigencia, la que es controlada en la forma y modo que la Constitución establece.

Cuando se trata de normas de inferior jerarquía, rige el mismo principio, no requiriéndose la elevación en consulta, sin perjuicio del proceso por acción popular.

De otra parte, el Código Procesal Constitucional expresa que:

Artículo VI.- Control Difuso e Interpretación Constitucional

Cuando exista incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, el juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución.

Los jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o en un proceso de acción popular.

Los jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional.

“Artículo 3.- Procedencia frente a actos basados en normas

Cuando se invoque a amenaza o violación de actos que tienen como sustento la aplicación de una norma autoaplicativa incompatible con la Constitución, la sentencia que declare fundada la demanda dispondrá, además, la inaplicabilidad de la citada norma”.

Son normas autoaplicativas, aquellas cuya aplicabilidad, una vez que han entrado en vigencia, resulta inmediata e incondicionada. Las decisiones jurisdiccionales que se adopten en aplicación del control difuso de la constitucionalidad de las normas, serán elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, si no fueran impugnadas. Lo son igualmente las resoluciones judiciales en segunda instancia en las que se aplique este mismo precepto, aun cuando contra estas no proceda medio impugnatorio alguno.

En todos estos casos, los jueces se limitan a declarar la inaplicación de la norma por incompatibilidad inconstitucional, para el caso concreto, sin afectar su vigencia, realizando interpretación constitucional, conforme a la forma y modo que la Constitución establece. Cuando se trata de normas de menor jerarquía, rige el

mismo principio, no requiriéndose la elevación en consulta, sin perjuicio del proceso de acción popular La consulta a que hace alusión el presente artículo se hace en interés de la ley.

Finalmente, el Código Procesal Civil precisa que:

Artículo 408.- Procedencia de la consulta.

La consulta solo procede contra las siguientes resoluciones de primera instancia que no son apeladas:

(...)

3. Aquella en la que el Juez prefiere la norma constitucional a una legal ordinaria;

y,

(...)

También procede la consulta contra la resolución de segunda instancia no recurrida en casación en la que se prefiere la norma constitucional. En este caso es competente la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema.

Artículo 409.- Trámite de la consulta.

Cuando proceda la consulta, el expediente es elevado de oficio.

El Auxiliar jurisdiccional enviará el expediente al superior dentro de cinco días, bajo responsabilidad.

La resolución definitiva se expedirá dentro de los cinco días siguientes a la vista de la causa. No procede el pedido de informe oral.

Durante la tramitación de la consulta, los efectos de la resolución quedan suspendidos.

2.2.3. La filiación.

A. Concepto.

El vocablo filiación deriva del latín *filius*, que quiere decir "hijos". "La Real Academia Española" conceptúa "la palabra filiación como la Procedencia de los hijos respecto a los padres". Es así que, "la filiación existe por el simple hecho de la procreación, hecho productor de vínculos jurídicos en los distintos ordenamientos jurídicos de las sociedades. Esta figura, en especial la paternidad, involucra tanto un hecho biológico como uno jurídico, no obstante, dicha correspondencia puede no llegar a darse ya que el estado de filiación no siempre es correlativo a la paternidad real, denominada biológica" (Rondón, 2017).

En la doctrina, Planiol y Ripert (1927) expresan que "la filiación es el lazo de descendencia que existe entre dos personas, una de las cuales es el padre o la madre de la otra, es decir, establece una relación inmediata entre el padre o la madre y el hijo". Igualmente, Puig Peña (1972) señala que: "la filiación es el nombre jurídico que se brinda a la relación natural constituida por el hecho de ser una persona procreada por otra" (p. 5).

Por su parte, Zannoni (1998) señala que la filiación "sintetiza el conjunto de relaciones jurídicas determinadas por la paternidad y maternidad, que vinculan a los padres con los hijos dentro de la familia" (p. 307). Asimismo, el derecho de la filiación "regula el conjunto de normas que organizan el emplazamiento en el estado de familia que implica la relación jurídica paterno materno filial, y, consecuentemente, la modificación o extinción de dicho estado de familia" (p. 307).

En términos de Trejos (2005), la filiación hace mención a: "las relaciones civiles que entre padres e hijos se establecen en razón del enlace natural entre unos y otros existe por el hecho de la transmisión de la vida de los primeros a los segundos; y con particularidad, en cuanto se refiere a los derechos y obligaciones que recíprocamente les atañen, a causa del parentesco que los une" (p. 23).

En la doctrina nacional, Varsi (2003) precisa que: “la filiación es aquella que une a una persona con todos sus ascendientes y descendientes, y, en sentido estricto, es la que vincula a los hijos con sus padres y establece una relación de sangre y de derecho entre ambos” (p. 660). Con similar dirección, Plácido (2003) expresa que la “filiación en términos amplios puede significar descendencia en línea directa, pero en términos jurídicos tiene un significado más restringido, equivalente a la relación inmediata del padre o madre con el hijo”.

De lo anterior, cabe precisar que: “a) La filiación se sustenta en un hecho natural, aunque no exclusivamente. No hay filiación sin un hecho natural de filiación preexistente; b) La filiación es un estado, pues ante el orden jurídico, el hecho natural de la procreación representa un *estado*, es decir, una especial posición ante el orden jurídico, que genera una serie de derechos y obligaciones entre el procreado y procreante; y, c) La filiación supone siempre una investidura legal, en la medida que es el derecho el que determina o declara el tipo de filiación, presunciones y presupuestos que sustentan cada tipo de filiación”.

En síntesis, si se considera que el “nacimiento de una persona, desde el momento de su concepción, materializa toda una serie de efectos jurídicos, la palabra filiación sintetiza el conjunto de relaciones que se establecen entre el hijo y las personas que han concurrido con sus propios aportes genéticos a engendrar su vida, generando así diversos derechos y obligaciones, tanto de los padres como de los hijos” (Apaza, 2015, p. 34).

B. Clasificación.

Según la doctrina tradicional, existen dos tipos de filiación, tales son: “por naturaleza (matrimonial o extramatrimonial), o por adopción, sumándose la filiación derivada de la aplicación de los distintos métodos de reproducción” (Varsi, 2013, p. 77).

Las clases de filiación que se dividen en la “matrimonial y la extramatrimonial, deben su origen al derecho romano, ya que una de las características del Derecho Familiar Romano era el dividir a los hijos en aquellos habidos dentro del matrimonio y los habidos fuera de él. Este criterio prevalece hasta nuestros días para efectos de la determinación mas no para la jerarquía filial, que ha sido desplazada por el principio de igualdad y unidad de la filiación” (Bueno, 1996, p. 36).

“Las modernas legislaciones no han considerado las calificaciones de hijo para discutir las calificaciones de padre y madre (gestante, genético o biológico, volitivo o por elección, etc.) de acuerdo a su grado de participación en el proceso procreativo. Este panorama se puede originar de los choques entre la realidad biológica y la voluntad procreacional, distinguiéndose las intenciones de *solidaridad*, lo que viene complejizándose con las técnicas de procreación asistida (ovodonación, embriodonación, maternidad subrogada, entre otros)” (Bueno, 1996, p. 36).

C. Determinación de la filiación.

“La determinación de la filiación es la afirmación legal de una realidad biológica presunta, cierta, creída pero no acreditada. Es la *conditio iuris*, la razón esencial que permite el ejercicio de los derechos y obligaciones de la relación paterno-filial”. Es así que Famá (2009) dice que:

La determinación de la filiación implica señalar jurídicamente quién es la madre y/o el padre de una persona, y puede tener su origen en tres fuentes: a) legal, cuando resulta establecida por ley sobre la base de ciertos supuestos de hecho, b) voluntaria o negocial, si proviene de la eficacia que se atribuye al reconocimiento expreso o tácito del hijo; y c) judicial, cuando es producto de una sentencia que declara la filiación no reconocida (p. 31).

Para tener efectos legales, la filiación necesita ser conocida en arreglo al Derecho, reconociendo una realidad o una voluntad. Así Azpiri (2014) afirma que: “El traspaso de la realidad biológica al plano jurídico puede suceder por

acción voluntaria del legitimado para hacerlo, o bien por sentencia que impusiera el emplazamiento filial que era negado por el interesado" (p. 28). Por tanto, "la filiación legal (hecho jurídico) es aquella que determina la ley (presunción matrimonial de paternidad o declaración judicial) o la voluntad procreacional del hombre (reconocimiento, adopción o posesión constante de estado), para obtener la calidad de padre o madre. La filiación se puede diferenciar en la forma de su determinación, por lo que existe la matrimonial y la extramatrimonial" (Tesis, Sullon, 2015).

2.2.4. El derecho a la identidad.

A. Concepto.

"El derecho a la identidad viene a ser el conjunto de atributos y características psicosomáticas que permiten individualizar a la persona en la sociedad. En suma, es todo aquello que hace que cada cual sea *uno mismo* y no *otro*. Fernández Sessarego diferencia entre la identidad estática y la identidad dinámica. La primera está conformada por características que no varían en el tiempo, tales como el nombre, el sexo, la nacionalidad, el idioma de origen, el grado de parentesco, en tanto que la identidad dinámica, está constituida por la edad, el entorno socio familiar, etcétera" (Fernández, 1992).

En palabras de Plácido (2003), el derecho a la identidad personal significa "para cada individuo el acceso concreto y cierto al conocimiento de su origen biológico con independencia de su filiación" (p. 16).

A decir de Zannoni (2000), "la identidad en términos filiatorios tiene una faz dinámica y otra estática". Así, tenemos que:

- a) desde el punto de vista estático, la identidad filiatoria está constituida por el dato biológico: la procreación del hijo. O, el presupuesto biológico del vínculo jurídico; b) desde el punto de vista de la existencia de tal presupuesto biológico, la identidad filiatoria, presupone el arraigo de vínculos paternofiliales asumidos y recíprocamente aceptados por padres e hijos en el contexto de

relaciones familiares (particularmente, es obvio, de las relaciones paterno filiales) (p. 233).

En rigor, el derecho a la identidad posee una dimensión objetiva y otra subjetiva. En esa línea, se reconoce el carácter complejo del derecho en mención.

Así, el derecho a la identidad establecido en el inciso 1) del artículo 2º de nuestra Constitución Política comprende un doble carácter de rasgos, es así que por un lado es objetivo (nombre, seudónimo, registros, herencia, características corporales, etc.) y por el otro es subjetivo (ideología, identidad cultural, valores, reputación, etc.), pudiendo ser en muchos casos mucho más relevante este último. En base a ello es que este derecho implica diferenciar a una persona desde datos tan elementales como el nombre o las características físicas pudiendo requerir de referentes más complejos tales como puede ser el caso de costumbres, o creencias, en consecuencia, este derecho se concibe de una manera integral.

Desde la postura interpretativa de “las normas, doctrinal y jurisprudencial, cabe deducir que la identidad es un derecho fundamental de primer orden en el ordenamiento jurídico peruano, que debe garantizarse a todas las personas, entre las que se encuentran niños y adolescentes en tanto son reconocidos como sujetos de derecho” (Apaza, 2015, p. 53).

En síntesis, el derecho a la identidad se ha concebido en una doble dimensión ya sea estático o dinámico - objetivo o subjetivo-, mas esta distinción es mecánica e innecesaria ya que el contenido del derecho en mención se debe comprender de manera integral y dinámica en su totalidad.

B. Elementos esenciales del derecho a la identidad.

Los elementos esenciales del derecho a la identidad que se consideran desde “la filiación son: A. el nombre; y, B. las relaciones familiares, conocer a sus padres, lo que significa un vínculo con la verdad biológica y a ser cuidado por ellos. Cabe señalar que, ninguno de dichos elementos es determinante sobre

el otro para definir el contenido de la identidad a partir de la filiación, sino que todos son igualmente relevantes” (Salmón, 2009, p. 39).

“Queda claro que, esta opción no nos conduce a excluir otros elementos del derecho a la identidad que se desprenden de la doctrina, los tratados y los principios del derecho, aun así, para los efectos de la relación entre filiación e identidad, aquellos dos resultan muy importantes” (Salmón, 2009, p. 39).

2.3. Enfoques jurídicos aplicados al caso concreto.

2.3.1. Determinación de la filiación matrimonial.

2.3.1.1. Concepto de Filiación matrimonial.

Es también conocida como filiación nupcialista o casamentaria (Madaleno, 2011, p. 458). “Vienen a ser los hijos matrimoniales los concebidos y nacidos dentro del matrimonio. Así también, los concebidos fuera pero nacidos dentro del matrimonio (luego de los 180 días de su celebración) y los concebidos dentro y nacidos fuera (dentro de los 300 días de la disolución)”.

“La filiación matrimonial se prueba con las partidas de nacimiento del hijo y de matrimonio de los padres. A falta de estas pruebas, la filiación matrimonial queda acreditada por sentencia recaída en juicio en que se haya demostrado la posesión constante del estado o por cualquier medio siempre que exista un principio de prueba escrita que provenga de uno de los padres” (art. 375° del Código Civil).

2.3.1.2. Investigación de la paternidad matrimonial.

La determinación de la paternidad ha sido un hecho de permanente preocupación para el Derecho, tanto por los efectos que genera como por su probanza y fijación exacta, *pater semper incertus*.

A través de este esquema se argumentaron las presunciones de paternidad —instrumentos lógico-formales— a efectos de lograr un establecimiento legal a falta de presupuestos biológicos que la consoliden. A decir de Diniz (2002),

“la imposibilidad de probar directamente la paternidad determinó que la filiación se asiente en un juego de presunciones fundadas en probabilidades —en indicios, en supuestos, en ases— en razón de las cuales se llegue a una paternidad” (p. 376). En el campo matrimonial se aplica la presunción pater est con “una fuerza y trascendencia en el Derecho comparado, comportando una opción del legislador, útil en la práctica y solo excepcionalmente no acorde con el hecho biológico” (Mendez y D’Antonio, 2001, p. 41).

“Se empieza de la premisa de que el marido de la madre es el padre de los hijos que esta parió siempre que nazcan dentro de los términos indicados por la ley, naciendo los hijos de padre cierto (patre certo nasci). Naturalmente, matrimonio, maternidad e identidad del hijo siempre son hechos objetivos, susceptibles de prueba directa pero la concepción y la paternidad han otorgado en el pasado especiales dificultades pues la indeterminación del momento de la concepción e inseguridad de la prueba de paternidad marcan un tema de enorme dificultad en la determinación” (Varsi, 2013, p. 128).

“Estas situaciones son muy discutibles, por ello para solventar las relaciones familiares se ha estructurado un esquema filial especial basado en el matrimonio de los cónyuges de modo que los hijos, sean concebidos o nacidos (según sea el caso) ex ante, in o ex post de la unión marital, serán atribuidos al marido de la mujer, una forma de reconocimiento legal de la filiación paterna” (Varsi, 2013, p. 130).

“Para los hijos matrimoniales, la filiación se acredita conjuntamente respecto del padre y de la madre. Al demostrar la maternidad se manifiesta, propiamente siempre, la paternidad del marido (principio de la indivisibilidad de la paternidad matrimonial), pese a que luego pueda ser impugnada” (Varsi, 2013, p. 130).

Esta filiación sienta sus bases en:

- La presunción pater est (art. 361 del Código Civil) el marido es padre de los hijos de su mujer.

- La presunción reafirmatoria de paternidad (art. 362 del Código Civil) el hijo se presume matrimonial, así la mujer declare que no es de su marido o esta sea condenada como adúltera.

2.3.1.3. La presunción de legitimidad matrimonial (presunción pater est).

2.3.1.3.1. Plazos aplicables.

De acuerdo a ley, la gestación posee “una duración mínima de 180 y máxima de 300 días. La concepción se produce dentro de los primeros 121 de los 300 días anteriores al nacimiento” (arts. 361, 363, incs. 1 y 2 del Código Civil), según términos que impone la ley. Como hecho la concepción es un misterio, por ello “se establecen términos computables retroactivamente desde el nacimiento, para determinar si la concepción tuvo lugar durante el matrimonio” (Fassi y Petriella, 1960, p. 148).

“El plazo de 121 días se entenderá aplicado en la forma más favorable para el hijo. No hay un momento estricto sino un plazo en el que puede producirse la concepción. La ley considera una etapa -espacio o periodo de la fecundación- más no un momento exacto en que esta se produce. En cuanto al cómputo del plazo es de días calendario y no horario; además, los 300 días excluyen el día mismo de la disolución, dies a quo (art. 361 del Código Civil) y los primeros 121 días de los 300 anteriores al (día) del nacimiento del hijo, excluye el día del nacimiento dies a quem (art. 363, inc. 2)” (Cornejo, 1991, p. 19).

“En doctrina no hay uniformidad y se dice que el cómputo es dies a quem - desde el día siguiente- despreciando el dies a quo -día a partir del cual- tanto para término máximo como para el mínimo” (Cicu, 1930, p. 43).

Así, por medio de dos cuadros podemos graficar en mejor sentido los plazos referidos:

Periodo de la gestación

Ene	Feb	Mar	Abr	May	Jun	Jul	Ago	Set	Oct	
31	+ 28	+ 31	+ 30	+ 31	+ 30	+ 31	+ 31	+ 30	+ 27	
<div style="text-align: center;"> { Periodo mínimo de gestación } </div>										= 180 días
<div style="text-align: center;"> { Periodo legal máximo de gestación } </div>										= 300 días

Periodo de la concepción

Ene	Feb	Mar	Abr	May	Jun	Jul	Ago	Set	Dic	
31	+ 28	+ 31	+ 30	+ 31	+ 30	+ 31	+ 31	+ 30	+ 27	= 300 días
<div style="text-align: center;"> { Periodo legal de concepción } </div>										= 120 días

“En cuanto a materia de plazos gestacionales estos están en función de razones científicas que han ido tecnificándose cada vez más, y en muchos casos sustentados en criterios costumbristas, como es aquel plazo de 200 días que considera el Código japonés como periodo gestacional mínimo, en lugar de los comunes 180 días, o los 302 días de plazo máximo del Código alemán. No obstante, estos son periodos genéricos, aproximativos, no reales en absoluto” (Varsi, 2013, p. 133).

Lo anterior ha sido establecido en “la Corte Constitucional de Colombia”, por medio de la sentencia C-04 de 22 de enero de 1998 (Exp. D-1722)”, con ponencia del Magistrado Jorge Arango Mejía quien precisó que:

(...) la ciencia médica ha llegado a una conclusión diferente: la duración del embarazo que culmine en el nacimiento de un ser humano, de una criatura que sobreviva a la separación completa de la madre, puede ser inferior a 180 días o superior a 300 días (...) la ciencia médica ha llegado a establecer sin lugar a dudas la posibilidad de nacimientos de seres humanos que sean el resultado de gestaciones de duración inferior a 180 días o superior a 300 días. La presunción de derecho del artículo 92 (Código Civil Colombiano)² tiene

² Artículo 92.- “Presunción de derecho sobre la concepción. De la época del nacimiento se colige la de la Concepción, según la regla siguiente: Se presume de derecho que la concepción ha precedido al nacimiento no menos que ciento ochenta días cabales, y no más que trescientos, contados hacia atrás, desde la media noche en que principie el día del nacimiento”.

una finalidad clara: permitir que se pruebe o se descarte la filiación, pues la calidad de hijo de una persona en especial, como es bien sabido, es parte del estado civil y determina, por lo mismo, derechos y obligaciones diversos, que no viene al caso enumerar (...) (Sent. C-04 de fecha 22 de enero de 1998).

2.3.1.3.2. Requisitos para la aplicación de la presunción.

La presunción de paternidad reposa no tanto en la fidelidad sino en la convivencia matrimonial, siendo esta última su principal razón. “Es una regla de carácter imperativo, aplicándose a la generalidad de los casos, pero su fuerza no es absoluta, al tratarse de una presunción *iuris tantum*”³, admitiendo prueba en contrario⁴, “reservada al marido si ocurren las condiciones para contestar la paternidad de forma que si tiende a realizarla se transforma en *iure et de iure*. La ley fija, para efectos de otorgar la legitimidad, un periodo en el cual debe haber ocurrido la concepción, por lo que será admitida acción judicial para probar que el plazo fue inferior o, respecto del hijo nacido tras la disolución conyugal, acreditar que el nacimiento del hijo en periodo superior se originó por retraso del parto” (Gómez, 2001, p. 325). La presunción pater est está sustentada en aquello que habitualmente acontece y es impuesta por razones de orden social altamente convenientes. Su razón es de orden cultural y social a favor de la estabilidad de la familia al impedir que se atribuya prole adulterina de la mujer casada (Venosa, 2002, p. 262). Con esta presunción se fortalece “la paz familiar” (Méndez, 1996, pp. 10-11).

En ese sentido, la aplicación de la presunción de paternidad requiere que se reúnan los siguientes elementos:

- Filiación materna acreditada, la que se determina con la inscripción al Registro de estado civil.

³ “El proceso de contestación de paternidad persigue negar la paternidad biológica del menor. Asimismo, la filiación derivada del simple estado matrimonial se constituye sobre la base de una presunción relativa o *iuris tantum* que puede ser contestada o impugnada”. Cas. N° 1182-2004-Junín.

⁴ “El hijo nacido durante el matrimonio tiene por padre al marido pero esta afirmación puede ser enervada con prueba en contrario”. Cas. N° 389-1993, Lima.

- “Matrimonio entre la madre y el marido a quien se le atribuye la paternidad, la constitución del título de estado de hijo matrimonial exige el matrimonio de los padres. Téngase en cuenta que aquí se incluyen los hijos de matrimonio putativo (art. 284 del Código Civil) puesto que el matrimonio invalidado produce efectos civiles respecto de los hijos si se contrajo de buena fe. De manera clara, el Código de familia de El Salvador considera que Esta presunción también tendrá lugar en caso de nulidad del matrimonio, aun cuando faltare la buena fe de ambos cónyuges” (art. 141).

- “Nacimiento durante el matrimonio y antes de transcurridos 300 días de su disolución: El código es muy tajante al respecto pues solo habla de disolución, sea natural o judicial y no establece aquellos casos, discutidos en la jurisprudencia comparada, en los que sin haber disolución de vínculo se mantiene vigente la presunción pese a existir claros hechos que determinaron la no aplicabilidad de la misma. Así, no debería presumirse la paternidad del marido con respecto al hijo que nazca después de los trescientos (300) días de la presentación de la demanda de anulación del matrimonio, de separación judicial o de divorcio, si estos fueron decretados, o de la separación de hecho de los cónyuges. Sin embargo, el hijo es matrimonial si se prueba la paternidad del marido y el nacimiento se produce antes de los trescientos (300) días contados desde la disolución del matrimonio”. El Código de familia de El Salvador indica en su artículo 141 que “(...) Con todo, la presunción establecida en este artículo no será aplicable cuando los cónyuges hubieren estado separados por más de un año y el hijo fuere reconocido por persona diferente del padre”.

Como se observa, “existe diversidad de criterios contrapuestos sobre este tema. Así, en la doctrina argentina, por citar un ejemplo, que para que la presunción de paternidad adquiriera efectividad jurídica se necesita que se haya concretado en una inscripción registral. En tanto ello no ocurra carece de efectos frente a terceros, respalda esta postura la redacción de la norma al afirmar que la filiación se probará por la inscripción del nacimiento en el Registro Civil”. (Aspiri, 2016, p. 382).

2.3.1.3.3. Vigencia de la presunción pater est.

“La presunción pater est posee un carácter de historicidad que deberá estar a la par con el devenir de las relaciones sociales y técnicas, pues su carácter ancestral afecta su eficacia y no le otorga valor absoluto. Para que las presunciones, que en esta materia consagra la ley, no entren peligrosamente en el terreno de las ficciones es necesario tener claro el hecho que las nutre. Se trata de presupuestos biológicos que requieren, en cada caso, una correlativa concordancia con el vínculo jurídico que instrumentan. Así, la ley debe presumir lo posible entendiendo como tal lo fácticamente verosímil, en caso contrario, la norma entra en el ámbito de lo absurdo” (Bossert y Zannoni, 1981). Las situaciones más complejas por las que atraviesa la presunción pater est son:

a. Separación de hecho.

“De acuerdo a este criterio, se ha contemplado suficiente para la impugnación una prolongada separación de hecho que, unida a otras circunstancias, acrediten la *imposibilidad moral* de que el marido sea el padre. A una solución similar, se ha llegado en virtud del abandono del domicilio conyugal por parte de uno de los esposos si ha durado toda la época de la concepción” (Bossert y Zannoni, 1987).

b. Determinación genética de la paternidad.

“Con el surgimiento de medios científicos de identificación y la comprobación del momento exacto de la concepción se debe ir abandonando estos criterios de incertidumbre de la paternidad basados en el riguroso conteo de los plazos, de presunciones⁵, pues hoy es posible determinar de manera segura la paternidad con las modernas pruebas de ADN” (Varsi, 1999), como lo viene expresando la moderna jurisprudencia.

⁵ “Mediante una prueba de ADN se logra desvirtuar la presunción de paternidad, consagrado en el artículo 362 del CC. Lo cual permite adecuar la verdad biológica con el vínculo filial, superando la situación de incertidumbre por el solo hecho de contar con un documento oficial, donde figura una persona que en los hechos no tiene calidad de padre biológico. Sentencia de 1ª Instancia, 10º Juzgado Especializado en Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima”. Exp. N° 611-2008-0-1801 -JR-FC- 10, Lima 26/03/2012.

c. Periodo técnico del embarazo.

“En cuanto al cálculo de la edad gestacional del embrión, existen varias técnicas que hacen más segura la estimación conforme avanza el embarazo. Así, la valoración ultrasónica del tamaño del saco coriónico y su contenido embrionario permite que los clínicos estimen la fecha de fecundación con precisión. Este es el criterio internacional de medición embrionaria utilizado conocido como Carnegie Embiionic Staging System” (Sistema de calificación de etapa embrionaria de Carnegie).

d. Procreación asistida.

“La filiación y su moderna estructura legal en algunos códigos (Holanda, Québec, Francia) se han visto afectadas por las técnicas de reproducción asistida, las que se contraponen no solo a los postulados que se consideran en la ley sino a la misma esencia biológica y natural de la generación de vida de la cual se deriva la filiación. Se produce todo un desbarajuste al generarse un sinnúmero de variables filiatorias como producto de las técnicas homólogas y heterólogas” (Sistema de calificación de etapa embrionaria de Carnegie).

2.3.1.3.4. Situaciones de inaplicabilidad de la presunción.

Como excepciones tenemos, “El Proyecto de Código Civil argentino” (2012) que dice (art. 566) hasta los trescientos (300) días posteriores a:

- “La interposición de la demanda de divorcio o nulidad del matrimonio”.
- “La separación de hecho”.
- “La muerte”.

En teoría, cabe considerar “la extensión de esta presunción de paternidad a casos de concubinato duradero o de la existencia de comunidad de vida en condición análoga de cónyuges; pero son casos normales de inestabilidad, por lo que no se ha identificado los regímenes en cuanto al establecimiento de la relación paterna” (Da Costa, 1986, p. 87).

“El Tribunal Constitucional se ha pronunciado con un criterio especial en el sentido que no puede acreditarse fehacientemente la relación de filiación con

el causante, puesto que la declaración de nacimiento se produjo 8 meses después del fallecimiento del causante, y fue hecha por un tercero, por lo que no se puede presumir que el hijo haya nacido dentro del matrimonio, resultando inaplicable la presunción de paternidad” ((Exp. N° 1696-2004-AA/TC).

2.3.1.3.5. Limitaciones.

No puede impugnarse la paternidad en los siguientes casos:

a) Respecto del concebido (art. 365): Se basa en la teoría de los efectos favorables (art. 1 del Código Civil) tomando en cuenta que, como sujeto de derecho especial, no le conviene quedarse sin padre. Monge (2007) afirma “que las objeciones en contra de la admisión de las acciones relativas a la impugnación antes del nacimiento se articulan por cuatro razones: (i) la acción contestatoria se opone a la regla *infans conceptus pro natu habetur*, (ii) las condiciones que permiten determinar si la acción contestación de la paternidad es fundada pueden verificarse únicamente en momento del nacimiento, (iii) la inutilidad de la acción, (iv) la imposibilidad de contestar una filiación inexistente” (pp. 479-480).

“Algunos Códigos, como el argentino, amparan la acción de impugnación preventiva de paternidad” (Azpiri, 2006, pp. 250-251).

b) Si el hijo nace antes de cumplidos los 180 días siguientes al matrimonio o cuando existe separación judicial (art. 366, incs. 1,2 y 3): Cuando “antes del matrimonio o de la reconciliación, respectivamente, ha existido conocimiento del embarazo; si ha admitido expresa o tácitamente que el hijo es suyo, y; si el hijo ha muerto, a menos que subsista interés legítimo en esclarecer la relación paterno-filial” (Mendoza, 2015, p.53).

2.3.1.4. Supuestos de la impugnación de la paternidad matrimonial.

“En un inicio el principio de protección de la familia no admitía otro supuesto de impugnación de la paternidad que la imposibilidad física del marido” (impotencia o infertilidad).

Con ejemplos insólitos, Peña Bernaldo de Quiros señala “que no procedía la indagación paternal aun cuando el hijo tuviera las características del amante de la mujer, aunque las pruebas de sangre excluyan al marido de la mujer y no así al amante. Cecilia Grosman afirma que el marido blanco no podía desconocer al hijo mulato de mujer blanca, si previamente no demostraba el adulterio u ocultamiento de parto”. Díez-Picazo precisa que “la afirmación legal de paternidad matrimonial es inatacable, aunque la madre y el marido sean blancos, el hijo mulato, la madre haya sido condenada por adulterio cometido por un negro y, además, la prueba de los grupos sanguíneos demuestre que el ser dado a luz por la mujer no puede ser hijo del marido”.

“El Código Civil de 1984” originariamente consideraba cuatro (4) supuestos a la par que el Código del 1936 (“art. 301”) y del 1852 (“art. 222”), que son los siguientes:

1. Cuando el hijo nace antes de cumplidos los 180 días siguientes a la celebración del matrimonio: Se considera que no puede producirse una gestación a plazo menor a los 180 días, tomando en cuenta que la concepción se produjo el día del matrimonio, para mayor felicidad el día de la luna de miel —el primer encuentro de los cuerpos— consumando el matrimonio (con el acto sexual), acabado, afianzado luego de formalizado con la ley (matrimonio rato y consumado).

2. Cuando sea manifiestamente imposible, dadas las circunstancias, que haya cohabitado con su mujer en los primeros 121 de los 300 días anteriores al del nacimiento del hijo: Se trata de imposibilidad física —acceso carnal, coito— que no permita la concepción matrimonial. Los casos pueden ser diversos (desaparecido, ausente, hospitalizado, encarcelado, destacado laboralmente en otro lugar), pues no se trata solo por estados de alejamiento del domicilio sino por otros (inconsciencia, enfermedad), por ello la frase dadas las circunstancias significa que pueden ser muchas y variadas.

3. Cuando está judicialmente separado durante los primeros 121 de los 300 días anteriores al del nacimiento del hijo; salvo que hubiera cohabitado con su mujer en ese periodo: Viene a ser una separación de cuerpos declarada *de jure* —no *de facto* que nada tiene que ofrecer—. La separación de cuerpos suspende los deberes relativos al lecho y habitación dejando subsistente el vínculo matrimonial (*divortium ad thorum et mensam* - tálamo y mesa) (art. 332). Si no existe el deber de cohabitación y de por medio sentencia —que no exime del deber de fidelidad— se facilita la impugnación de paternidad sobre el hijo nacido dentro de los plazos en que se dio la separación de cuerpos, salvo que hubiera cohabitado con su mujer en ese periodo.

4. Cuando adolezca de impotencia absoluta: Esta referido a la infertilidad, a la *generandi*, es decir, la esterilidad significa la incapacidad de procrear, por más que no se yerga y permita el coito. No a la impotencia *coendi*, *erigendi*, o disfunción eréctil. El impotente, que no posee la capacidad de penetrar, puede que tenga la capacidad de fertilizar.

Con la Ley N° 27048, se agregó otro supuesto:

5. Cuando se demuestre, a través de la prueba del ADN u otras pruebas de validez científica con igual o mayor grado de certeza, que no existe vínculo parental: El juez desestimarás las presunciones de los incisos precedentes cuando se hubiera realizado una prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza, esto se ha incorporado en el artículo 2 de la Ley N° 27048. Este inciso no es un supuesto; es una realidad que acredita con la prueba de ADN la no existencia del vínculo biológico del hijo con el marido de la mujer.

“Más allá de ello, la norma dice que el juez desestimarás las presunciones de los incisos precedentes cuando se hubiera realizado la bioprueba. Así, se hace coexistir, las presunciones (socialidades) (incs. del 1 al 4) con la realidad

(geneticidad) (inc.5) basada en las pruebas positivas de paternidad” (Varsi, 2013, p. 145).

2.3.1.5. Determinación de la Maternidad Matrimonial.

Naturalmente, una cosa es maternidad y otra paternidad. Esta diferencia no se limita al plano biológico sino, también, al aspecto legal en lo referido a su determinación.

“La relación filiativa completa implica paternidad y maternidad. Mas esta doble relación no es simétrica, fáctica ni jurídica. No es igual la relación del hijo con su madre que con su padre. La maternidad es directa, inmediata y de fácil determinación por el hecho de su configuración en la gestación y el parto. El parto de la mujer determina su maternidad, una suerte de nudo de atraque, aunque nada la relaciona ni vincula con el hombre, un nudo gordiano en su determinación. En tanto, la paternidad es indirecta, mediata y de difícil determinación, siendo las presunciones un mecanismo ideado por la normativa para su establecimiento, situación que no se da en la maternidad” (Varsi, 2013, pp. 145-146).

La determinación legal de la maternidad es similar, para la matrimonial y la extramatrimonial, “por ello se trata de un sistema de determinación unitario, situación distinta de lo que sucede con la paternidad, en la que impera un sistema de determinación binario, uno para la paternidad matrimonial y otro para la extramatrimonial” (Krasnow, 2005, p. 15).

En el Derecho comparado, basado en los estudios de Famá (2009) y Madaleno (2011), existen dos modelos distintos para determinar la maternidad:

a. Biologicista, impositivo o forzado

Estos dan primacía al elemento biológico siguiendo las máximas *partus sequitur ventrem* y *mater semper certa* (sistemas latinoamericanos). La maternidad puede ser entendida como una simple consecuencia del puro hecho biológico que es el parto. Este debe ser llevado a conocimiento del registro civil recibiendo la

declaración de nacimiento de un hijo y la identidad de la parturienta que, sin tener que intervenir en el acto del registro, queda considerada como madre del nacido (Méndez, 1986, p. 148).

b. Voluntarista, libre o individual

Estos dan prevalencia al elemento voluntarista asignando a la madre el derecho de reconocer o el derecho a proteger su identidad y desconocer al hijo (parto anónimo). Así, el parto y la asunción de un estatuto jurídico de madre no están necesariamente ligados pues la mujer puede parir, pero el nacimiento del hijo es registrado, y solo se toma jurídicamente como madre si practica el acto jurídico autónomo del reconocimiento. Esto significa que queda abierta la posibilidad de la mujer de no practicar este acto, de no admitir (recusar, oponerse) el estatuto de madre, dejando al hijo sin el vínculo establecido. Esta orientación tiene un propósito que evitar: que las mujeres grávidas interrumpen la gestación siempre que no puedan o no quieran desempeñar el papel de madres; con este sistema ellas saben que pueden parir sin asumir el estatus de madre.

En cuanto a la determinación imperante, es posible decir que:

Si hacemos una interpretación a contrario sensu del artículo 371, la maternidad corresponde a la madre que parió, que trajo al mundo — de sus entrañas— al hijo, *partus sequitur vemter*. Preñada, gestante y parturienta en madre se convierte. Cada uno de estos estados son hechos jurídicos que generan una consecuencia filiativa. La maternidad es siempre cierta y demostrada está, física y objetivamente, (*Mater semper certa est*). Cuando la mujer está casada se demuestra, conjuntamente con la maternidad, la paternidad de su marido con base en la presunción *pater est*. La maternidad activa la paternidad del marido (Varsi, 2013, pp. 147-148).

Así, Ferrando (2005) refiere que “la atribución de paternidad del marido presupone que el hijo haya sido generado por la madre” (p. 240).

Así también Varsi (2013) señala que:

La determinación de la maternidad se limita in substantia a la constatación de dos hechos concretos, fácilmente demostrables, el parto de la madre y la identidad del hijo parido. De esta forma, ambos hechos deben estar claramente determinados. Es al parido a quien debe inscribirse como hijo de la mujer que lo parió. Hay una relación directa que el parto va de la mano con la identidad de la mujer parturienta y del parido por ella. Pero el parto no está suelto, ni la mujer soltera es. De por medio hay un matrimonio, de forma que con base en este debe establecerse la filiación materna. Con el fin de atar la maternidad al matrimonio, el Código plantea el hecho que la filiación matrimonial se prueba con la partida de nacimiento y la partida de matrimonio (títulos de estado) (art. 375 del Código Civil). Sin embargo, en el fondo se trata de un sistema biologicista, de manera tal que la maternidad quedará establecida, aun sin mediar reconocimiento expreso, por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido (p. 148).

2.3.2. Determinación de la filiación extramatrimonial.

2.3.2.1. Concepto de Filiación Extramatrimonial.

“En la filiación extramatrimonial, los progenitores no poseen un estado legal vinculante con respecto a su descendencia, básicamente casados no están. No existe el acto jurídico matrimonial que garantice que la calidad de progenitor resida en el marido de la mujer. Es la voluntad de parte (reconocimiento) o la imposición jurisdiccional, *iussu iudicis* (por orden del juez) los únicos medios de establecerla (art. 387 del Código Civil). Son dos las formas, por decisión o imposición” (Varsi, 2013, p. 159).

Con frecuencia, “el hijo extramatrimonial goza de hecho de status personae pero no del status familiae, en especial status filii. Tendrá un nombre pero no se le adjudican relaciones familiares paterno-filiales, salvo que esté reconocido o exista sentencia que lo declare. Cuando se trata de los hijos concebidos fuera del matrimonio y a falta de emplazamiento la filiación materna puede ser acreditada con independencia de la paterna y viceversa, sin que por establecer una se induzca la existencia de la otra (situación dispar

que pasa en el matrimonio, pues la determinación de la maternidad lleva de la mano el establecimiento de la paternidad)” (Varsi, 2013, p. 160).

En realidad, el tenor del artículo 386° del Código Civil “ha quedado desfasado como efecto de las modernas técnicas de reproducción asistida, el congelamiento de material genético sexual y la crioconservación de embriones pues ya puede concebirse un hijo antes o dentro del matrimonio, crioconservarse y ser implantado luego de disuelto el vínculo, incluso luego de transcurrido en exceso el plazo de 300 días, estos casos de implantación postmatrimonial vienen cambiando la calidad legal y el estado civil de los hijos. Estos casos, diversos y controversiales, ameritan un análisis especial tomando en cuenta la doctrina y jurisprudencia existente y la normativa naciente” (Varsi, 2013, p. 160).

2.3.2.2. Declaración judicial del vínculo paterno filial.

El autor Verdara (1993) señala que “La determinación de la paternidad significa el establecimiento jurídico de la filiación adecuándosele a su fundamento natural: la procreación. Entonces, se presenta entonces, como la constatación jurídica de la paternidad biológica lo que consagra su esencia basada en el interés social y el orden público” (p. 16).

Asimismo, Varsi (2013) señala que “La declaración judicial de la filiación opera a falta de reconocimiento voluntario del padre o de la madre respecto de un hijo extramatrimonial, sea porque desconfían de la certeza del vínculo, por un acto de mala fe, confusión, desconocimiento del procedimiento, costos, existencia de errores que impiden el reconocimiento, descuido, actitud machista, que nazca una niña y no un varón, etc” (pp. 160-161).

“El afectado por esta ingratitud paternal goza de la facultad de solicitar por medio de una demanda que se practique la investigación judicial correspondiente que declare la relación jurídico - familiar mediante una sentencia previa comprobación de los hechos y las pruebas aportadas pudiendo, incluso, con legítimo derecho, exigir la reparación civil por el daño causado al no haber cumplido el padre con la obligación moral de reconocerlo

en su momento” (Varsi, 2013, p. 161). En palabras de Lloveras (2007), “ser padre es más que un derecho a generar descendencia, es un deber cuyo cumplimiento comienza con el reconocimiento legal del niño. Siguiendo el criterio racionalista, podemos decir *procreo luego reconozco* debiendo ser la solución natural” (p. 40).

“La declaración judicial de la filiación significa un proceso en el que finalmente el juez como dicen algunos, reconoce en nombre del progenitor, mientras que otro sector sostiene que se trata de una determinación declarativa del vínculo filial. En la vía judicial, se admite todo tipo de pruebas” (Varsi, 2013, p. 161), en armonía con el sistema abierto.

2.3.2.3. Determinación de la paternidad.

2.3.2.3.1. Concepto.

“Es la indagación realizada en proceso judicial de dos situaciones contrapuestas naturalmente: a) Quién es el padre de determinada persona siendo la idea declararlo; en este caso, la acción interesa al hijo; y, b) Quién no es el padre de otro que se supone como tal, declarado ab initio por la ley. En este caso, la acción interesa al padre” (Varsi, 2013, p. 165).

La identificación de los intereses privados es compleja. Obviamente, en la investigación de la paternidad pueden coexistir intereses forzosamente contrapuestos:

- El del hijo, dirigido a conocer su verdadera filiación, su origen biológico,
- El de la madre para que su hijo cuente con una filiación establecida y una manutención segura y,
- El del presunto progenitor, casi siempre opuesto a los anteriores, pues de haber sido favorable habría accedido al reconocimiento.

Así, “la investigación de paternidad permite el ejercicio de una facultad inherente de la persona, conocer su ascendencia o descendencia, por ello un sector de la doctrina afirma que su naturaleza jurídica le ofrece la calidad de

derecho de la persona, el derecho a la investigación de la paternidad” (Zapata, 2011).

No obstante, el “Código Civil” mantiene algunas limitaciones legales para la determinación de la paternidad:

- Inimpugnabilidad de la filiación matrimonial

Artículo 376.- Cuando se reúnan en favor de la filiación matrimonial la posesión constante del estado y el título que dan las partidas de matrimonio y nacimiento, no puede ser contestada por ninguno, ni aun por el mismo hijo.

- Imposibilidad de reconocer al hijo de mujer casada

Artículo 396.- El hijo de mujer casada no puede ser reconocido sino después de que el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable.

- Imposibilidad de investigar la paternidad de hijo de mujer casada (referido a la aplicación de la prueba de ADN)

Artículo 402.- (...)

Inciso 6.- (...)

Lo dispuesto en el presente inciso [se refiere a la acreditación genética de la paternidad] no es aplicable respecto del hijo de la mujer casada cuyo marido no hubiese negado la paternidad.

- Imposibilidad de investigar la paternidad de hijo de mujer casada (referido a las presunciones)

Artículo 404.- Si la madre estaba casada en la época de la concepción, solo puede admitirse la acción [declaración judicial de la paternidad extramatrimonial] en caso de que el marido hubiere contestado su paternidad y obtenido sentencia favorable.

El fundamento “de estas limitaciones sobre el actuar indagatorio del vínculo paternal se sustenta en el principio de la integridad familiar. Por ende, la

investigación de la filiación no puede ser limitada ya que se realiza de manera común, en beneficio de cualquier sujeto” (Varsi, 2013, p. 166).

2.3.2.3.2. Presunciones legales de paternidad.

Con respecto a este punto, es preciso señalar que “Las presunciones surgen como producto de la imposibilidad biológica de probar el nexo filial, de modo que, se da solución a un problema tomándose como referencia un sistema casuístico de indagación de la paternidad con las limitaciones e inseguridades que este produce. Son comunes en los Códigos latinoamericanos pues (...) han buscado a través de las presunciones, el origen genético de la parentalidad” (Soto, 1990, p. 47).

Las presunciones legales se consideran en el artículo 402 del inciso 1 al 5 del Código Civil.

1. Escrito indubitado del padre que la admita.
2. Posesión constante del estado de hijo extramatrimonial, aparentar ser el padre, aplicándose la putatividad, *Pater putatibus*.
3. Cuando el presunto padre hubiera vivido en concubinato con la madre en la época de la concepción.
4. En los casos de violación, rapto o retención violenta de la mujer, siempre que la época del delito coincida con la de la concepción.
5. En caso de seducción cumplida con promesa de matrimonio en época contemporánea con la concepción, siempre que la promesa conste de manera indubitable.

Existen criterios doctrinales que afirman que este conjunto de presunciones tratan un *númerus clausus* mientras que otros de un *númerus apertus*.

En concreto, “el artículo 402° no contempla todas las posibilidades en que socialmente puede asumirse una paternidad y que justifique el inicio de un proceso. Casos como el estado de enamorados, el abandono con promesa de matrimonio, el abandono de mujer embarazada y la relación extramatrimonial (enamoramiento o noviazgo) durante la época de la

concepción no admiten el emplazamiento judicial de paternidad. Estos otros hechos, de los que se infiere la filiación de modo análogo son incompletos, o no suficientes para fundamentar la filiación que se reclama, si bien en su conjunto pueden convertirse en *presumptio hominis*, cuando fallan los anteriores, convirtiéndose en presunción de paternidad” (Varsi, 2013, p. 171).

En consecuencia, las presunciones consisten en “situaciones que permiten la investigación de la prueba y el debate de la paternidad pero de ningún modo determinarán una declaración de paternidad (por sí solas) si no se prueba previamente de forma debida en proceso judicial. En síntesis, las presunciones se caracterizan porque” (Varsi, 2013, pp. 171-172):

- No determinan automáticamente la paternidad.
- Son un requisito para indagar la paternidad.
- Deberán ser probadas judicialmente.
- Son hechos sociales.

Son presunciones *iuris tantum*.

- Admiten a debate la alegada relación filial.
- Pierden su eficacia frente a hechos biológicos.
- Están basadas en relaciones factuales, comunes, universales y de conducta.
- Son desestimadas plenamente cuando se haya demostrado biológicamente que el demandado no es el padre, a pesar de haberse probado (artículo 402° in fine, modificado por la Ley N° 27048).

Cabe señalar que, “cada una de las presunciones admiten prueba en descargo del demandado, por lo que se presentan como presunciones *iuris tantum*. Así, el supuesto padre probará por los medios que le faculta la ley — el más efectivo la prueba negativa— su no paternidad, en tanto que el accionante, la comprobación de los hechos que sustentan la presunción corroborada con la prueba de ADN” (Varsi, 2013, p. 172).

Los progresos de la “ciencia biomédica en las investigaciones para determinar biológicamente la paternidad (demostración plena) llevaron a que las pruebas biológicas sean aceptadas por nuestro Derecho como pruebas positivas, perdiendo las presunciones importancia en la declaración del vínculo paterno filial. Así, los hechos inciertos ceden el paso a los resultados determinantes” (Varsi, 2013, p. 172).

En la actualidad, el vínculo filial se basa en investigaciones científicas más que en propuestas sociales. Así, Zannoni (1997) expresa que, “si las conclusiones de la pericia arrojan un índice de paternidad probada de (99 % o más), es casi ocioso preguntarse acerca de otras circunstancias que, antes, permitían inferir solo presunciones hominis” (p. 167).

Por lo demás, la aplicación de las biopruebas y la negativa de parte a su sometimiento provocaron el surgimiento de una nueva presunción sustentada. “Ante la negativa de someterse a alguna de las pruebas luego de haber sido debidamente notificado bajo apercibimiento por segunda vez, el Juez evaluará tal negativa, las pruebas presentadas y la conducta procesal del demandado declarando la paternidad o al hijo como alimentista, correspondiéndole los derechos contemplados en el artículo 415”, “artículo 402, inciso 6 (art. 2 de la Ley N° 27048, hoy derogado)”.

2.3.2.3.3. Incorporación de la prueba de ADN.

La ley N° 27048 de 1999 reformó el régimen de establecimiento de la filiación del Código Civil posibilitando la aplicación de las pruebas biológicas, genética u otras de validez científica para las acciones de filiación tanto de impugnación (arts. 363 y 371 del Código Civil) como de reclamación (arts. 371 y 402 del Código Civil). Asimismo, permite al demandado en una acción de hijo alimentista (art. 415 del Código Civil) solicitar la prueba genética para negar el contenido de la pretensión.

Las principales características de esta ley de biopaternidad son las siguientes:

- Incorpora dentro del sistema presuncional la efectividad de las biopruebas, desconociéndose el principio reconocido en el Derecho comparado que las pruebas biológicas son aplicadas cuando existe un elemento social que las sustente.
- Permite la utilización de las biopruebas a todo tipo de acción de filiación. Sin embargo no considera de manera expresa que en la acción de declaración de la maternidad extramatrimonial (art. 409° del Código Civil) se pueda hacer uso de ellas, lo que no es óbice, siguiendo un criterio interpretativo amplio, para su aplicación.
- Permite al juez desestimar las presunciones (arts. 363° y 402° del Código Civil) cuando se haya demostrado biológicamente que el demandado no es el padre.
- En caso de que el presunto padre se niegue al sometimiento a la prueba, en un proceso de declaración de paternidad extramatrimonial, el juez evaluará las pruebas presentadas y la conducta procesal del demandado declarando su paternidad o al hijo como alimentista. La desventaja de esta solución frente a la negativa es que sigue manteniéndose la incertidumbre al permitirse la posibilidad del juez que declare al hijo como alimentista. De otro lado, no se refiere a la regulación de la negativa de la madre o el hijo en esta acción. Esta ley debe haber considerado una norma general para la regulación de la negativa al sometimiento de la prueba, tomando en cuenta las diversas acciones de filiación existentes. Así, considerar los efectos de la negativa del padre, de la madre, del hijo o de terceros, según sea el caso.
- Se amplía el contenido del artículo 413, permitiendo la aplicación de la prueba biológica, genética u otras de validez científica con igual o mayor grado de certeza en los procesos de declaración de la paternidad o maternidad extramatrimonial.
- Esta modificación permite un accionar cuasi libre de una paternidad, por lo que se ha considerado que quien de mala fe inicia un proceso de filiación valiéndose de pruebas genéticas deberá reparar el daño

moral y económico ocasionado al demandado con el pago de una indemnización que será fijada por el juez.

2.3.2.4. Declaración judicial de la paternidad.

Según Varsi (2013):

En el campo jurídico, se reconoce el derecho inherente que posee el hijo de reclamar judicialmente su estado filiativo, exigiendo que quienes no figuran como sus padres sean declarados por sentencia como tal, con la finalidad de que cumplan con los deberes y obligaciones naturales que tienen en relación a él. La declaración judicial de la paternidad implica que es el órgano jurisdiccional el que a solicitud de parte declara una paternidad y demostradas las pruebas, previas estas.

La filiación, como relación bio-jurídica que tienen los padres con sus hijos, ha sido estudiada desde un enfoque espiritual provocando el incremento de las madres solteras, hijos extramatrimoniales y atribuciones de paternidad antojadizas en el Registro Civil, como producto de criterios poco claros en lo referido a la responsabilidad procreacional. En esta línea, el Estado tiene interés en que la confusión no se proyecte a tan trascendental relación, por lo que dicta medidas de protección para asegurar el cumplimiento de la filiación y de los deberes familiares. Así, existen dos mecanismos judiciales para establecer la paternidad:

- Proceso de Conocimiento, basado en cualquiera de los presupuestos del artículo 402 del Código, las presunciones.

- Proceso Especial, basado en las Leyes N°s 28457 y 29281 en mérito del resultado de la prueba de ADN.

El primero es de difícil probanza, largo y tedioso. Mientras que, el segundo es de sencilla probanza, rápido y ágil, tanto así que dejó de lado al primero, en la medida que teniendo el mecanismo del ADN y un proceso estructurado a dicho medio de prueba, queda sin sentido utilizar un proceso largo y con pocas probabilidades de éxito (p. 178).

2.3.2.5. Efectos de la falta de determinación de paternidad.

Las personas sin filiación determinada también están protegidas por la ley. Entre los casos dados tenemos:

A. Hijo alimentista.

Respecto a este concepto es preciso manifestar que “El hijo alimentista viene a ser un acreedor alimentario por parte: (a) de quien en momento específico mantuvo relaciones sexuales con su madre durante la época de la concepción (art. 415 del Código Civil) o, (b) de quien negó someterse a las pruebas biogenéticas decretadas en un proceso de declaración judicial de paternidad (art. 402, inc. 6 del Código Civil). En esta línea, se alega que la obligación nace al existir un indicio, no probado, de que aquel sea el padre, lo que determina una presunción alimentaria de paternidad. Este derecho de alimentos permanece hasta la mayoría de edad o cese de la incapacidad. Por ende, no irroga derechos filiales al carecerse de status familiae. Por tanto, la determinación biológica de la paternidad lleva a la extinción de esta figura” (Varsi, 2013, p. 179).

B. Expósito.

“Es aquella persona (normalmente recién nacido) cuyos progenitores son desconocidos (patre nullu natus). En este caso su filiación biológica es ignorada y consecuentemente su filiación jurídica es inexistente. Para estos efectos, siendo lo determinante en una persona gozar de sus derechos, y en especial de su derecho a la identidad, se faculta al funcionario del Registro del Estado Civil a asignarle un nombre adecuado (art. 23 del Código Civil)” (Varsi, 2013, p. 179).

C. Hijo póstumo.

“El hijo póstumo es aquel que nace después de la muerte de su(s) progenitores por lo que pueden darse situaciones especiales. La muerte del padre quedando su mujer embarazada, en este caso si el niño nace dentro de los 300 días siguientes a la muerte (disolución del matrimonio) será matrimonial (art. 361 del Código Civil). El hijo extra- matrimonial, puede ser

reconocido por el abuelo o abuela de la respectiva línea, en caso de muerte del padre o de la madre (art. 389 del Código Civil). A falta de reconocimiento y muerto el padre, procede la acción de emplazamiento filial contra los herederos (art. 406), a falta de ellos contra el defensor de herencia” (Cornejo, 1991, p. 156).

2.3.2.6. Prueba en la determinación del vínculo paterno-filial.

La orientación legislativa de la investigación de la paternidad contempla el interés social, a la vez, extiende su protección hacia aquellos que fueron traídos al mundo como producto de un romance ocasional, desvarío amoroso o inculcado y que su progenitor por irresponsabilidad, no admite.

Es así que, la investigación de la paternidad involucra una indagación de alta escuela y necesita de un cuidadoso análisis del magistrado (Zicarelli, 1970, p. 85). “Esta facultad de accionar a favor del hijo tiene una acentuada repercusión económica, social y moral que exigirá de una prueba vigorosa, sólida y convincente que no solo represente el interés del propio demandante o beneficiario, sino también de la justicia y de la sociedad”.

Al estudiar el fin de la prueba en materia de filiación, Carbonier (1961) encuentra dos corrientes existentes: “a) La que considera a la prueba de filiación como esclarecedora de la verdad biológica (sistema biológico); y, b) La que sostiene que es la demostración de las circunstancias psicológicas y sociales que dotan de verosimilitud al hecho indagado (sistema legal)” (p. 385).

Naturalmente, “la primera tiene una connotación mucho mayor en razón de los avances de la ciencia en el campo de la determinación de la paternidad. Por ende, actualmente se habla del principio de la verdad biológica en el que la esencia de la filiación es el vínculo biológico, a través del cual nos identificamos con nuestros descendientes” (Soto, 1990, p. 46).

En el plano de la probanza judicial es importante esquematizar y clasificar las pruebas de investigación de paternidad:

I. Pruebas Jurídicas.

1. Título: La prueba documental (partida de nacimiento, en la filiación matrimonial, y el reconocimiento y la sentencia en la filiación extramatrimonial)
2. Posesión de estado: Nomen, tractus famma
3. Presunción pater est
4. Reconocimiento
5. Relación sexual durante época de la concepción
6. Pruebas biológicas.

II. Pruebas Médicas.

1. Pruebas no referentes a la herencia o elementos de diagnóstico retrospectivos correlativos:

- a) Época de la concepción
- b) Duración legal de embarazo
- c) Estado clínico de los presuntos progenitores al tiempo de la relación (aptitud procreativa)
- d) Estado clínico de los presuntos progenitores al tiempo del juicio de filiación y correlación del diagnóstico retrospectivo.

Estas pruebas se basan en el estudio del hombre (análisis andrológico), de la madre (examen ginecológico) o del hijo (prueba de madurez).

2. Pruebas referentes a la herencia o heredobiológicas

- a) Pruebas de paternidad basadas en los elementos de diagnóstico no grupales.

- a.1. Antropomórficas
- a.2. Antropokinéticas
- a.3. Patológicas
- a.4. Fisiológicas
- a.5. Sicológicas

- b) Pruebas de paternidad basadas en los elementos de diagnóstico grupales

- b.1. Grupos sanguíneos

- c) Pruebas genéticas

- c.1. Marcadores genéticos séricos
- c.2. Sistema de histocompatibilidad
- c.3. Polimorfismos cromosómicos
- c.4. Perfil del ADN.

2.3.2.7. La investigación de la maternidad.

2.3.2.7.1. Contenido del artículo 409 del Código Civil.

“A diferencia de la maternidad matrimonial, que se acredita con la partida de nacimiento y la partida de matrimonio (títulos de estado) (art. 375 del Código Civil) y que puede ser impugnada en los casos de parto supuesto o suplantación de hijo (art. 371 del Código Civil), para la probanza de la maternidad extramatrimonial se debe recurrir, al hecho directo del parto y consecuente identidad del hijo (hechos biológicos). Es así que, la maternidad extramatrimonial también puede ser declarada judicialmente cuando se pruebe estos dos hechos. El supuesto considerado es atribuir la maternidad a la madre que dio a luz” (Varsi, 2013, p. 186).

La norma dice que la “maternidad extramatrimonial *también* puede ser demostrada judicialmente, esto significa que, así como la paternidad, la maternidad puede ser indagada en proceso judicial puesto que en ciertos casos puede estar cubierta de un velo de duda o misterio. La redacción del artículo es justificable de acuerdo al tiempo en el que fue redactado” (Código Civil comentado, Gaceta Jurídica).

Se debe tener en cuenta que la Ley N° 27048 “trata la materia de la utilización de las pruebas genéticas en las siguientes acciones de Estado: la impugnación de la paternidad (art. 363 del Código Civil) y de la maternidad matrimonial (art. 371 del Código Civil), reclamación de la filiación (art. 371 del Código Civil), declaración de la paternidad extramatrimonial (art. 402 del Código Civil) y determinación del hijo alimentista, olvidando la modificación de la declaración de la maternidad extramatrimonial” (Varsi, 2013, p. 187).

En esta línea:

El criterio tradicional para establecer la maternidad es la conexidad del parto y la identidad del nacido, pero dado el avance de la determinación filial a través de las pruebas genéticas, estas vienen a presentarse como un medio ad hoc para ello. La prueba de la maternidad extramatrimonial estará actualmente dirigida en lo siguiente:

- Probanza del parto, la que se entiende que debe ser en fecha determinada, esto puede probarse con el certificado de nacimiento vivo, la partida de nacimiento, posesión de estado inmediato al parto, testimonios del embarazo parto.
- Identidad del hijo cuya filiación es discutida, en este caso hay libertad de prueba y primará la prueba de la genealogía.
- Acreditación genética del vínculo maternal. (Código Civil comentado, Gaceta Jurídica).

2.3.2.7.2. El nuevo proceso en la determinación de la maternidad.

“El proceso tratado en la Ley N° 28457 se refiere única y exclusivamente a la investigación judicial de la paternidad, no de la maternidad extramatrimonial. Las razones pueden resultar obvias, aunque no justificadas. En primer lugar porque la sindicación de la maternidad es más sencilla por el hecho del parto, la objetividad es lo que marca la línea materna (*partus séquitur ventrem*), de allí que no existen presunciones que probar. En segundo lugar, porque son poco comunes los casos en los que se enjuicie a una mujer para conocer su relación parental con la descendencia. Lo normal es que sea al hombre. Para la mujer desprenderse de la prole es más difícil porque depende biológicamente de ella, el amamantamiento es clave para generar ese lazo en muchos casos es incólume. Al ser más sencilla, la determinación de la maternidad queda a expensas de un largo y trajinado proceso de conocimiento” (Varsi, 2013, p. 191).

En concreto, sería más lógico que en el nuevo proceso se incluyera todas las acciones de filiación extramatrimonial sin distinguos, aprovechando que la indefinición del parentesco requiere de una solución efectiva y directa a través de las pruebas genéticas. Por ende, “existen dos posiciones que justifican las

razones de la viabilidad o no de la indagación de la maternidad extramatrimonial por medio del proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial de la Ley N° 28457: a) No puede ser aplicado considerándose que la analogía no opera dado que las normas procesales son de orden público; b) Sí puede ser aplicado con base en el interés superior del niño, demandándose en este caso la maternidad a través del nuevo proceso” (Varsi, 2013, p. 191).

Es más razonable la segunda posición pues el sustento es que la filiación es una sola y no podemos hacer distingos por el tipo o calidad del progenitor investigado. Sea el padre o la madre, la filiación requiere de un mismo sistema para su determinación. “Así, actualmente en la materia hay un trato desigualitario entre el hombre y la mujer, esta disparidad es establecida por la ley considerando que la masculinidad, siendo lo único que permite una paternidad, es aquella a la que puede aplicársele el contenido del nuevo proceso” (Varsi, 2013, p. 191).

CAPÍTULO III:

TOMA DE POSTURA.

3.1. Análisis de la información.

3.1.1. Consideraciones generales.

El constitucionalismo que defiende la obra de los jueces y el “Estado Constitucional parece reivindicar un sitio privilegiado para los jueces ante la razonable desconfianza en las mayorías” (Grandez, 2010, p. 39). Así, la obra de los jueces en el Estado Constitucional reviste una importancia de primer rango al considerar que son ellos los destinatarios de la confianza de la comunidad a efectos de ejercer la delicada tarea de impartir justicia en base a un deber de motivar que constituye uno de los lineamientos esenciales en todo Estado: la resolución de controversias judiciales. Más aún, aquellas de rango constitucional que por excelencia deben dirimir conflictos entre derechos fundamentales. En sentido de gradación mayor aún, los jueces deben decidir controversias de control normativo, siendo necesario, en determinados casos, imponer razones jurídico-constitucionales sobre actos legislativos de los Poderes Ejecutivo y Legislativo.

En esa línea, cabe resaltar que en la base de ese Estado Constitucional residen los fundamentos del derecho constitucional, el cual en definitiva requiere ser una referencia de equilibrio. Zagrebelsky (2008) expresa que: “El derecho constitucional, en cuanto derecho, es sutileza, estabilidad, ponderación, y equilibrio entre los factores principales de la vida social y política” (p. 98). Todos estos caracteres dan esencia de vida al derecho constitucional y representan una conjunción axiológica que transmite al tiempo, la simpleza con que deben ser resueltas las controversias sobre derechos fundamentales, en el sentido de tutela de urgencia, de igual modo transmite caracteres de la vida en comunidad. Como consecuencia, el

derecho constitucional es vida, expresión de los derechos ciudadanos y exigencia de tutela de intereses.

Por lo anterior, la relación entre Estado y derechos fundamentales ha producido, a inicios del siglo XXI, una simbiosis indisoluble que nos lleva a diferentes planos de reflexiones. Figueroa (2010) afirma que:

Un primer escenario se refiere a qué tipo de Estado es aquel en el cual los derechos fundamentales logran un tipo de realización tangible; y un segundo esquema de reflexión, de suyo relevante, se vincula a cuál es el nivel de realización de los derechos fundamentales en el plano de los Estados constitucionales, qué se ha alcanzado y cuál es su nivel de trascendencia con relación a los derechos fundamentales de las personas, en directa relación con los estándares que deben manejar los Estados por una defensa permanente de tales derechos en un contexto en el cual la progresividad de estos derechos significa que no son viables restricciones ni retrocesos respecto a los mismos (p. 303).

En esta línea, es posible sostener que no existe incompatibilidad alguna entre las ideas de Estado de Derecho y Estado social, en el enfoque inicial perfilado por Lorenz Von Stein, y el Estado constitucional (García, 1985, p. 14). Esta es una expresión de progresividad del primero y perfila una gradación mayor respecto al concepto de Estado Legislativo, en el cual la ley es punto de partida y llegada de la interpretación. A su vez, el Estado social, en la concepción alemana, representó en esencia el postulado de una mejora de la calidad de vida. En el Estado constitucional, la Constitución es marco de referencia concéntrico para el cumplimiento de los derechos fundamentales de los ciudadanos y a la par, centro de interpretación de los actos que conciernen a la jurisdicción constitucional. La ley es punto de partida, y la Constitución, punto de llegada, de la interpretación.

En este marco, el uso de las técnicas de interpretación grafican en gran medida, la tarea de los jueces constitucionales y manifiestan, pese a las críticas formuladas, la aplicación razonable del deber de motivar.

Recogiendo los conceptos matrices, cabe decir que el Razonamiento Jurídico no resulta un conjunto de etapas estructuradas paso a paso. Existe una interrelación estrecha entre argumentación, interpretación y motivación en tanto analizamos la solución a una controversia jurídica. Cabe destacar que la interpretación se vincula, preferentemente, al examen de las premisas normativas y fácticas en tanto procedimiento o herramienta procedimental. Así, existe interrelación entre la interpretación y la motivación, pues son facetas del razonamiento, al interpretar ya estamos en condiciones de cimentar la motivación de la decisión. Sin embargo, es difícil que se pueda realizar un ejercicio de motivación sin acudir a una interpretación previa ya que esto conduce a que consideremos prevalente la idea de la interrelación matizando que en la interpretación se recurre, de la misma forma, a procedimientos determinados. Esto significa que, la ponderación de intereses es una herramienta que permiten arribar a juicios de valor sobre el discernimiento de base constitucional que exigen los procesos de la justicia ordinaria y constitucional.

En la doctrina, existen grandes líneas del razonamiento en sede judicial, que son las herramientas matrices a tener en cuenta cuando se debe emitir una decisión jurisdiccional. Así, corresponde poner de relieve la manifiesta importancia del ejercicio de la motivación en sede constitucional, pues es en este ámbito del ordenamiento jurídico donde por excelencia tienen lugar los conflictos difíciles y trágicos, a decir de Atienza (2004), escenarios donde se necesita no solamente optar por una línea de razonamiento argumentativo o de posición interpretativa, sino que los derechos fundamentales se dan lugar para intervenir como elementos de primacía y prevalencia frente a otros derechos que eventual y condicionalmente, deben ceder su lugar para una configuración de posición.

3.1.2. Criterios de interpretación constitucional.

Hay que resaltar que “Las reglas de formulación del silogismo usualmente resultan suficientes para los conflictos que necesitan de la definición de la aplicación de una norma determinada. Producidos los hechos, ya hemos visto,

el juez deberá determinar la norma aplicable al caso y podrá solucionar el conflicto vía subsunción. A su vez, si existen lagunas o manifestaciones antinómicas, se debe recurrir a los criterios de plenitud (vía autointegración y heterointegración) o de solución de antinomias y el conflicto podrá ser resuelto. Sin embargo, en sede constitucional, los criterios de solución y subcriterios respectivos, pueden resultar insuficientes” (Figuerola, 2010d).

Por ello “Los conflictos en materia constitucional revisten cierto nivel de complejidad, pues unas veces serán solucionados vía subsunción si no son complejos y su solución se determina con la aplicación de una subsunción puntual. No obstante, se busca la manera de determinar la solución de una controversia compleja en sede constitucional cuando no hay, en forma directa, reglas aplicables, o cuando el esquema silogístico es visiblemente insuficiente” (Figuerola, 2010d).

En relación a lo anterior, Bernal (2005), siguiendo “las premisas esbozadas por Robert Alexy, considera que los principios son igualmente métodos de resolución de conflictos y que no tienen una estructura similar a la de las normas” (p. 87). Así, el Tribunal Constitucional precisa que los principios son “criterios que permiten resolver las contradicciones en sede constitucional cuando no concurren normas aplicables y de los que se desprenda la necesidad objetiva de recurrir a otra metodología de solución de problemas constitucionales, dada la calidad de los bienes y derechos fundamentales en pugna. El Tribunal plantea el esquema de aplicación de principios en un conocido caso de prevalencia de derechos constitucionales” (STC N° 5854-2005-PA/TC-Piura), referido al Jurado Nacional de Elecciones, con la siguiente descripción: Si realizamos un paralelo con las pautas mencionadas, se puede tener una similitud de formas con el carácter de unidad que propone Norberto Bobbio (1998) respecto del ordenamiento jurídico y el criterio sistemático desarrollado por Asís de Roig (1995), con los principios de unidad de la Constitución y de concordancia práctica, respectivamente, siendo los fundamentos los mismos aunque diferente el campo de aplicación que corresponde.

“En consecuencia, del carácter de unidad del ordenamiento jurídico se desprende la idea de un bloque en el cual se subsumen todas las normas del ordenamiento, constituyendo un sistema que expresa coherencia por la ausencia de incompatibilidades reales y de plenitud debido a que no hay vacío alguno en el esquema. A la vez, la posición del Tribunal Constitucional en relación al principio de unidad de la Constitución ilustra la idea de un todo sistemático y armónico” (Figuerola, 2010d).

En este marco, “la coincidencia es muy evidente en cuanto al criterio sistemático y el principio de concordancia práctica, debido a que en ambos casos, se busca optimizar la interpretación. La concordancia no persigue sacrificar contenidos constitucionales, al igual que el criterio sistemático no tiene por objeto restarle validez y eficacia a una norma determinada, por ello, con la comparación de las normas y la visualización de contenido en su faceta aplicativa ordinaria y constitucional, el intérprete debe optar por la primacía de uno de los contenidos, sin sacrificar la expresión normativa o constitucional de la norma que viene a ser inaplicada” (Figuerola, 2010d).

En puridad, Castillo Córdova (2006) establece “una postura crítica respecto a invocar la *prevalencia* de un derecho fundamental sobre otro, proponiendo, en contrario, un método *armónico* de resolución de conflictos, al considerar que todos los derechos fundamentales están en igual posición y que no puede primar uno sobre otro” (p. 245).

3.1.3. Principios de interpretación constitucional.

Frente a una controversia compleja son óptimas para aplicar las teorías de la argumentación jurídica, debiendo cuidar el detalle de qué prever si las reglas no resultan suficientes y los criterios, incompletos. Con esta pauta, será necesario optar por el uso de procedimientos más sofisticados de resolución de conflictos, que adopten, en su fase de aplicación, reglas, criterios orientativos y principios en forma conjunta o separada. Más aún, si pretendemos proyectar la resolución de conflictos en sede constitucional.

Bernal (2005) indica que: “Los principios son normas, pero no normas dotadas de una estructura condicional hipotética con un supuesto de hecho y una sanción determinados. Los principios son mandatos de optimización, (...) los derechos fundamentales son el ejemplo más claro de principios que tenemos en el ordenamiento jurídico” (p. 17).

Así, los principios son un modo de resolver conflictos constitucionales. Así, cuando no están conformados por una estructura silogística, su aplicación revela *per se* una técnica de interpretación.

La oposición entre reglas y principios cobra notoria importancia en el escenario de los conflictos constitucionales, debido a que las reglas son concebidas bajo un concepto de congruencia procesal por su necesaria sujeción al principio de legalidad. Mientras que, los principios en tanto mandatos de optimización, son de aplicación en procesos cuyo signo de tutela urgente, otorga a los procesos constitucionales un rango de autonomía procesal, es decir, no es en estricto absoluta su sujeción al principio de congruencia procesal.

Figuerola (2010b) indica que:

Los temas de congruencia procesal y elasticidad representan una realidad diaria para todos los jueces en la medida que el juzgador se ve impelido a emitir una decisión y la controversia puntual es: ¿aplicamos reglas o principios? Si se aplica una regla jurídica, la exigencia de congruencia procesal es inmediata. A su vez, si se trata de esbozar la prevalencia de un principio, deberemos tener en cuenta que como mandatos de optimización, están sujetos a otros criterios interpretativos. Dworkin, al diferenciar las reglas de los principios, alude a que las reglas expresan los problemas fáciles, en donde la subsunción es la herramienta por excelencia aplicable. ¿Y cuándo aplicamos principios? Cuando se trata de derechos fundamentales. (p. 126).

Resulta evidente la insuficiencia de las reglas frente a los principios. La labor del “Derecho Procesal Constitucional está indisolublemente vinculado tanto a

la Constitución, pero sobre todo a la interpretación de la Constitución, los clásicos criterios de interpretación normativa, como son el método literal, el teleológico, el sistemático y el histórico, resultan necesarios; pero claramente insuficientes para informar la labor interpretativa del juez constitucional. Por este motivo, el Tribunal Constitucional utiliza una serie de principios *ad hoc* a los procesos constitucionales, que cumplen de manera más adecuada la misión orientadora y canalizadora del proceso de interpretación constitucional para la solución de un caso concreto” (Landa, 2010, p. 95).

El Tribunal Constitucional, desde las ideas de Konrad Hesse (1983, pp. 45-47), desarrolladas en el caso Lizana Puelles (STC N° 5854-2005-PA/TC, Piura) aplica los principios constitucionales en varios de sus pronunciamientos. Así, se plantea “lineamientos en materia de principios de interpretación, que son seguidos por el Tribunal Constitucional, que utiliza diversos principios de interpretación constitucional. En el caso de Lizana Puelles, el Tribunal en relación al conflicto de zonas de exención constitucional surgido con el Jurado Nacional de Elecciones, se expresa de manera ilustrativa” (Figueroa, 2010d).

a) Principio de unidad de la Constitución: De acuerdo a Hesse (1983), “la Constitución debe estar orientada a considerarla como un “todo” armónico y sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto.” La implicancia directa es que existe un número indeterminado de normas, todas ellas forman una unidad o conjunto unitario, y todas ellas se subordinan a la Constitución Política.

b) Principio de concordancia práctica: Toda aparente tensión entre las propias disposiciones constitucionales debe ser resuelta “optimizando” su interpretación, es decir, sin “sacrificar” ninguno de los valores, derechos o principios concernidos (Hesse, 1983). Teniendo en cuenta que, en última instancia, todo precepto constitucional, incluso aquellos pertenecientes a la denominada “Constitución orgánica” se encuentran reconducidos a la protección de los derechos fundamentales, como manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana, cuya

defensa y respeto es el fin supremo de la sociedad y el Estado (artículo 1° de la Constitución).

La idea resulta relevante al tener que concordar los valores constitucionales para “evitar contradicciones manifiestas. Existe similitud con el método comparativo o sistemático de interpretación del derecho con el fin de establecer una simetría de la decisión, o bien se puede incluso inferir la teoría armonizadora de derechos fundamentales que propone” Castillo Córdova (2006, p. 45). Dicho “autor desestima la técnica de la ponderación como método de resolución de conflictos constitucionales y la denomina tesis conflictivista, en atención a que se infravalora un derecho fundamental en favor de otro. Al contrario, se propone la unidad y coherencia del hombre como base del entendimiento de los derechos y el principio de unidad de la Constitución como favorecedor de una interpretación armoniosa”, como elementos de su teoría armonizadora.

c) Principio de corrección funcional: “Este principio exige al juez constitucional que, al realizar su labor de interpretación, no desvirtúe las funciones y competencias que el Constituyente ha asignado a cada uno de los órganos constitucionales, de modo tal que el equilibrio inherente al Estado Constitucional, como presupuesto del respeto de los derechos fundamentales, se encuentre plenamente garantizado” (Hesse, 1992).

No desvirtuar funciones y competencias significa mantener las competencias constitucionales de los órganos previstos por la Constitución. Así, al acontecer un conflicto de derechos fundamentales, prevemos que un derecho deberá ceder a favor del otro. En otras palabras, no le restamos competencias al órgano constitucional sino simplemente las mismas ceden en forma temporal ante el conflicto constitucional.

d) Principio de función integradora: “El *producto* de la interpretación sólo podrá ser considerado como válido en la medida que contribuya a integrar, pacificar y ordenar las relaciones de los poderes públicos entre sí y las de éstos con la sociedad” (Hesse, 1992).

En el caso de Magaly Medina se puede apreciar que “Se configura un margen de duda, si ese denominado *producto* no contribuye a integrar, pacificar u ordenar, pues entonces no podría ser válida su interpretación. Se considera necesario un mayor desarrollo jurisprudencial en forma inicial, que debería validar la interpretación efectuada aun cuando no exista un aporte de pacificación. Este argumento está basado en que los conflictos entre derechos fundamentales suponen *per se* discusión abierta entre los mismos, esta postura adopta la ponderación de derechos que acogen varios pronunciamientos del supremo intérprete de la Constitución” (STC 6712-2005-PHC/TC, Caso Magaly Medina).

e) “Principio de fuerza normativa de la Constitución: La interpretación constitucional debe encontrarse orientada a relevar y respetar la naturaleza de la Constitución como norma jurídica, vinculante in toto y no sólo parcialmente. Esta vinculación alcanza a todo poder público (incluyendo, desde luego, a este Tribunal) y a la sociedad en su conjunto” (Hesse, 1992).

De esta manera, este principio se identifica en la naturaleza imperativa de la Carta Magna como norma de normas pero de acuerdo a Zagrebelsky, debemos cuidar de concordar esta idea con la tesis de ineficacia o bien ductibilidad de los derechos fundamentales, los cuales cederán en ciertas circunstancias especiales.

Todos estos principios representan, en conjunto, un fundamento base que sirve de orientación preliminar para determinar la solución de las controversias a resolver. Por ello, la tarea a acometer no resulta siempre sencilla en atención a que los conflictos entre derechos fundamentales revisten, por lo común, muchos aspectos complejos que requieren solución por medio de diversas herramientas interpretativas. Es así que en esa difícil, exigente y formativa responsabilidad de emitir decisiones, unas veces por falta de herramientas interpretativas adecuadas y otras veces por la omisión de un conocimiento técnico necesario asociado a la defensa de los derechos fundamentales previstos en nuestra Lex Legum, algunas decisiones judiciales incurren en

serios problemas argumentativos y de motivación que debemos tratar de evitar.

En efecto, existen muchos escenarios adversos, que la doctrina en argumentación constitucional⁶ ha clasificado como problemas de motivación aparente, de falta de motivación interna del razonamiento, de deficiencias en la motivación externa, de motivación insuficiente o su variante cercana, de motivación sustancialmente incongruente, entre otros. Ante estas *patologías jurídicas* (Matheus, 2008) es necesario asumir una posición de profundo análisis con el propósito de no incurrir en las mismas, dentro del trabajo diario en el Despacho Judicial.

3.1.4. Técnica de la ponderación en la interpretación constitucional.

La ponderación, como método de resolución de controversias en sede constitucional, presupone una colisión entre derechos fundamentales. Así, los ordenamientos jurídicos no están compuestos exclusivamente por reglas, como señalaba Kelsen, para quien la única manera de aplicar el derecho era la subsunción. Desde las ideas de Dworkin en el mundo anglosajón y de Alexy en el germánico, se suman los principios y la ponderación. “La ponderación es la manera de aplicar los principios y de resolver las colisiones que pueden presentarse entre ellos y los principios o razones que jueguen en sentido contrario.” (Bernal, 2005, p. 87).

A su vez “los principios están dotados de una propiedad que las reglas no conocen: el peso. Al ponderarse, se establece cuál principio pesa más en el caso concreto. El principio que tenga un mayor peso será el que triunfe en la ponderación y así determinará la solución para el caso concreto. Entonces, la ponderación es la actividad consistente en sopesar dos principios que entran en colisión en un caso concreto para determinar cuál de ellos tiene un peso mayor en las circunstancias específicas. La estructura de la ponderación queda así integrada por la ley de ponderación, la fórmula del peso y las cargas de argumentación” (Dworkin, 2012).

⁶ STC N° 00728-2008-PHC-TC. Caso Giuliana Llamoya Hilaes. FJ. 7.

En la ley de ponderación, “Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro”. A su vez, con la fórmula del peso, Alexy (1997) señala “que a los principios se les puede asignar un valor en la escala triádica: leve, medio, intenso. Como ejemplo, en un caso de transfusión urgente de sangre, el peso del derecho a la vida es mayor que la convicción religiosa de no recibir una transfusión. Por último, las cargas de argumentación operan cuando existe un empate entre los valores que surgen de la aplicación de la fórmula del peso”.

En cuanto a los límites de la ponderación, cabe señalar que “no existe un criterio objetivo para determinar los valores determinantes del peso que tienen los principios en la ley de ponderación y que conforman la fórmula del peso. El peso abstracto es una variable muy singular, que remite siempre a consideraciones ideológicas, por lo que se necesita una toma de postura por parte del intérprete” (Figueroa, 2010d). Entonces, la propuesta doctrinal implica objetivamente que el intérprete constitucional aprecie una colisión de principios y que uno de ellos prevalezca sobre el otro.

Al referirse a la ponderación, Castillo (2006) formula “una crítica frontal a lo que denomina una posición conflictivista pues al concebir a los derechos fundamentales como realidades contrapuestas, trae como consecuencia la existencia de unos derechos de primera categoría y otros de segunda categoría”.

“Si las posiciones conflictivistas terminan por afectar, vulnerar o lesionar derechos reconocidos en la Constitución, ¿cómo queda entonces el principio de unidad de la Constitución? (...) El asunto se agrava cuando nos percatamos que la norma constitucional cuya vulneración se intenta justificar, es una norma iusfundamental” (p. 245).

Tras la crítica formulada, a modo de propuesta se desarrolla la posición de la exigibilidad de una interpretación armonizadora de los derechos fundamentales, basado en dos elementos centrales: la coherencia del hombre como base del entendimiento de los derechos y el principio de unidad de la Constitución como favorecedor de una interpretación armoniosa.

Sin perjuicio de ello, el desarrollo jurisprudencial promovido por el Tribunal Constitucional alemán y el peruano, ha venido marcando una posición orientadora basada en el desarrollo de la técnica de ponderación, como método con una base aplicativa jurisprudencial. De esta manera, el desarrollo jurisprudencial de la teoría armonizadora podría eventualmente superar la previsión de ponderación que adopta el intérprete constitucional, mas ello requerirá, cierto tiempo prudencial.

El Tribunal Constitucional peruano ha desarrollado en varias de sus sentencias la técnica de la ponderación. Sobre ello, una sentencia emblemática es la referida al caso Magaly Medina (STC N° 6712-2005-HC/TC. Lima), es un “proceso de habeas corpus en el cual se construye propiamente cómo trabaja la ponderación. En dicho caso, era necesario determinar el peso de derechos fundamentales, uno de ellos referido a la vida privada de una persona y el otro derecho fundamental, referido a la libertad de información, por ello, se determinó la prevalencia de uno sobre otro derecho” (Figuerola, 2010d).

En esta línea, es necesario realizar “una determinación de los contenidos de cada uno de los derechos involucrados para llegar a la delimitación adecuada de sus contornos. Para ello, será necesario optar por el método de la ponderación, con una utilización mixta de los criterios de razonabilidad (propios de cualquier relación entre derechos fundamentales) y de desarrollo colectivo (exclusivo de los derechos de respeto de la persona y los comunicativos)” (Figuerola, 2010d).

La razonabilidad es un estándar de control que incluye, dentro de sí, tres juicios claramente establecidos: la adecuación, la necesidad y la

proporcionalidad, en cada uno de los cuales se debe dejar sentado si los argumentos de los recurrentes tienen sentido o no:

a.1. El juicio de adecuación

El criterio de adecuación permite que la conclusión a la cual se arribe deba ser lo más ajustada posible a la finalidad de la Constitución, explícita o implícitamente reconocida. En tal sentido, la acción que realice la persona debe ser conveniente, jurídicamente hablando (la norma habrá de ser accesible y previsible) y contar con un fin legítimo.

a.2. El juicio de necesidad

El criterio de necesidad importa la ausencia de una solución más efectiva y adecuada de la que se esté tomando. Lo que se busca realizar a través de este juicio es elegir, entre las medidas posibles, la mejor que exista.

a.3. El juicio de proporcionalidad

El criterio de proporcionalidad procura que cada solución a la cual se arribe responda a una conveniencia constitucional o finalidad de la determinación de contenidos de cada uno de los derechos que están en juego. Es decir, busca que el resultado del acto interpretativo responda al objeto perseguido por la ponderación realizada.

En rigor, el esquema de ponderación propuesto por Bernal Pulido, sobre la idea base de Robert Alexy (1997), es recogido “por el Tribunal Constitucional peruano, para el cual el ejercicio de ponderación implica la prevalencia de un derecho sobre otro. A su vez, la ponderación exige juicios de idoneidad, necesidad y de proporcionalidad a través de los cuales podamos determinar cuál es el criterio valorativo concurrente, a fin de hacer prevalecer un derecho sobre otro” (Figueroa, 2010d).

Castillo (2006) como crítico de la fórmula de la ponderación, en su análisis poco oportuno, al referirse a derechos fundamentales que prevalecen unos sobre otros, brinda la idea de que un derecho resulta ser menor a otro. Dicho autor afirma que ello no es así, dada la condición de nivel de igualdad de los derechos fundamentales. Al contrario, Castillo (2006) sostiene que “debe existir un método de armonización de los derechos fundamentales, partiendo

de la premisa de que si todos los derechos fundamentales son iguales, no puede contextualizarse la minusvaloración de unos frente a otros en la ponderación, como lo define el Tribunal” (p. 246).

Con prudencia, cabe considerar que el ejercicio de ponderación que desarrolla el Tribunal Constitucional es adecuado en la medida que no se produce una infravaloración de un derecho fundamental respecto de otro. Solamente, se realiza “un juicio de valoración del juez constitucional, a efectos de que uno de los derechos fundamentales, sin perder su esencia, contenido y vigencia, deba ceder ante el resultado de la ponderación que efectúe el intérprete constitucional. La ponderación genera que, efectivamente, se conceda mayor peso a un derecho fundamental respecto de otro, pero no resulta en modo alguno limitativa de la vigencia del derecho fundamental con menor peso ponderativo, ni resulta tampoco conculcado” (Figuerola, 2010d).

Se puede apreciar que, existen similitudes entre el procedimiento descrito por Bernal Pulido y Robert Alexy, y el método operativo-procedimental que aplica el Tribunal Constitucional. Este último considera relevante, al analizar el principio de proporcionalidad el desarrollo de un examen de idoneidad y necesidad de la situación o norma que es objeto de un examen de constitucionalidad.

Por la idoneidad o adecuación, asume el supremo intérprete un juicio de valoración a efectos de determinar si la acción o norma analizada, cumple un fin útil y no resulta incompatible con enunciados constitucionales. Si tal conducta o disposición no llega a satisfacer el juicio de idoneidad a aplicar en este método de la ponderación, devendrá inconstitucional o inaplicable si se trata de un proceso de tutela de derechos fundamentales.

De igual modo, “el juicio de necesidad involucra que no exista otra medida o acción menos gravosa que aquella sujeta a control de constitucionalidad. Por ende, si existiere una acción u opción menos gravosa, implicará que la conducta o disposición materia de análisis, es un exceso de acción incompatible con los fines constitucionales del derecho que se pretende

defender. Igualmente, si la norma sujeta a examen de tutela resultara por demás gravosa y se hubiera podido prever por parte del emplazado una medida menos onerosa o de afectación, ello significa que no se aprobará la acción o medida en el necesario examen de necesidad, y por ende, se declarará fundada la demanda. La sentencia, entonces, será estimatoria, siempre que no prospere uno de los exámenes que efectúa el juez constitucional” (Bernal, 2009).

No obstante, en este examen, que es exigible una concurrencia copulativa de los juicios de idoneidad, necesidad y en este caso de ponderación, de un juicio denominado de proporcionalidad. Vale decir, si la acción o norma, sujetas al examen de valoración respectivo, no llegaran a satisfacer el requerimiento de idoneidad, en consecuencia, ya no será necesario desarrollar los otros juicios del examen ponderativo. En dicho caso, la acción o norma caerán en el desarrollo del análisis y devendrán violatorios de derechos constitucionales.

Así, el juicio de proporcionalidad, forma parte del examen de ponderación, y esto no puede llevar a confusión, pues se trata de una pauta metodológica que aplica el supremo intérprete y únicamente nos remite a una determinación de la dosis de razonabilidad concurrente al caso. Esta referencia a la proporcionalidad, o ponderación en sentido estricto como la denomina el Tribunal, implica que debe existir proporcionalidad entre dos pesos o intensidades: de un lado, aquel que se encuentre en la realización del fin de la medida examinada que limita un derecho fundamental; y de otro lado, aquel que reside en la afectación del derecho fundamental de que se trate. El primero de estos debe ser por lo menos, justificado con relación a la segunda.

Con un enfoque crítico, la ponderación si bien resulta una herramienta útil en la interpretación constitucional, ella por sí sola representa aún un ejercicio en construcción. Su configuración jurisprudencial viene siendo objeto de afianzamiento aún por parte del supremo intérprete de la Constitución y por el Poder Judicial.

Alexy (1997) afirma que

La ponderación no es una solución definitiva en la interpretación de los derechos fundamentales en cuanto aquella advierte que pueden producirse las cargas argumentativas, esto es, un mismo nivel de afectación respecto a dos derechos fundamentales en colisión. En este caso, *las cargas argumentativas han de implicar que el intérprete fundamente las razones por las cuales estima que el derecho prevalente ha de imponerse al derecho que cede*. Como una respuesta de mayor rigor, Alexy expresa que al margen de las cargas argumentativas, también podemos estimar dentro del grado de vulneración elevado, que se puedan producir igualmente niveles de vulneración elevados, medios y leves. De igual forma, que en el nivel de afectación media, puedan darse estos tres extremos de gradación, y lo mismo respecto al nivel de vulneración leve, con lo cual podríamos alegar hasta nueve niveles de vulneración. Sin embargo, esto podría llevarnos a un grado de confusión por cierto no razonable.

En síntesis, la elaboración del juicio de ponderación aún denota cierta margen de consenso. Pese a ciertos requerimientos de consistencia en construcción, la ponderación ha denotado avances de utilidad para la resolución de los conflictos que atañen a los derechos fundamentales, toda vez que el juicio de discrecionalidad -no es de subjetividad- aparece graficado en sus caracteres esenciales. En esencia, la notoria utilidad de la ponderación reside en describir con razonabilidad gráfica el juicio de discrecionalidad.

3.2. Propuesta de solución del problema con fundamento teórico.

3.2.1. Consideraciones generales.

La discusión entre reglas y principios representa una permanente contraposición de ideas, que nos acerca a dos formas de pensamiento que no son excluyentes sino que, al contrario, buscan complementarse de la mejor forma posible. Esa permanente discusión conceptual representa un complejo tejido de ideas, dado que en cuanto racionalizamos un debate con matices interpretativos fluye el dilema de aplicar a una controversia de relevancia jurídica las reglas o los principios.

En un primer escenario, si las reglas ofrecen una solución al problema que se plantea, resulta positivo para el enfoque de un ordenamiento jurídico que goce de unidad, coherencia y plenitud. Pues, la certeza es una condición beneficiosa del razonamiento jurídico y además, es importante que la noción de completitud trabaje bien en relación a las reglas que concurren en la dilucidación de una controversia. Al respecto, el intérprete, al definir una controversia bajo el ámbito de las reglas, determina una solución desde el mismo, por el mismo y para el mismo ordenamiento jurídico. El intérprete recurre a la regla y ésta soluciona una discusión con un margen de eficacia necesario que basta para destacar el valor certeza como el principal componente del raciocinio jurídico.

Mientras que en un segundo escenario más complejo, las reglas son insuficientes en la resolución de una discusión, por lo que el intérprete tendrá la necesidad, muchas veces sin que quede otra opción entre las reglas, de recurrir al razonamiento por principios y a tejer conceptos materiales que representan la construcción de una solución más óptima, mas no desde un voluntarismo o decisionismo, que constituyen factores peligrosos en la elaboración de una conclusión, sino desde una postura principialista que precise esbozos de razonabilidad y proporcionalidad como estándares de una discusión por principios.

En esta línea, en este debate material, el intérprete está en el permanente dilema de prevalencia del razonamiento a definir para la solución de una controversia. Así, la invocación de las reglas transmite una primera noción de certeza, pero a su vez, se entrapa el análisis necesario cuando existe la necesidad de excluir, contrastar o complementar ese mismo debate, con la validación de un principio.

Es así que, los principios son expresiones de importante aproximación al valor justicia, que carecen de configuración, de especificación, de determinación en concreto, por ende, como conceptos jurídicos indeterminados, surgen de una idea débil de creación (García, 2009), para convertirse en nociones fuertes en

su aplicación, quiere decir, cuando una decisión judicial determina la concreción material de ese principio en un caso específico.

En dicho escenario complejo, los principios constituyen axiomas y valores necesarios a aplicar, más solo por insuficiencias de las reglas, y no por las deficiencias de éstas. Las reglas no son *per se* deficientes, pues debemos asumir una presunción de legalidad en la configuración de una regla. En ese mismo sentido, una ley elaborada por el legislador goza de una presunción de legalidad respecto a su ámbito de configuración, aplicación y vigencia. Los principios aluden a un ámbito de validación, exigen compatibilidad con la Carta Fundamental. Por ende, hay una relación de complementariedad entre reglas y principios en cuanto no hay exclusión entre los mismos, sino una idea de mutua colaboración.

3.2.2. Configuración de las reglas.

El razonamiento del ser humano se ha basado en la necesidad de afianzar el valor certeza en todo tipo de evaluación argumentativa. De esa forma, la existencia de una conclusión como resultado de unas premisas mayor y menor en la determinación de un problema, han significado un paso de necesidad en la fijación de una conclusión. Así, el silogismo alude a que si existe una premisa mayor, o sea una norma específica, y una premisa menor, siempre referida a una cuestión fáctica, entonces es posible proyectar una conclusión, que en rigor es necesaria respecto de las premisas aportadas.

En relación a la fortaleza argumentativa y certeza en la conclusión, cabe decir que la conclusión es una consecuencia necesaria respecto de las premisas planteadas, pero igualmente, esta situación nos remite a un problema complejo si una de las premisas no es cierta, aspecto que no dilucida la lógica, la cual solo trabaja con premisas formales y no con premisas materiales, éstas últimas siempre sometidas a una labor de contrastación. Por ende, una conclusión que se base en premisas falsas antes que implicar certeza respecto a la evaluación de las premisas, se va a circunscribir a significar un problema de contrastación de las premisas. Sobre esto, es pertinente acotar

la insuficiencia de la lógica cuando se trata de un análisis de escrutinio de la validez material de las premisas.

En realidad, la lógica ofrece un apoyo valioso en la construcción de un juicio jurídico. Los jueces se obligan a elaborar conclusiones a partir del rigor de las leyes. De esa manera, al producirse el juicio de subsunción, es decir, si las condiciones fácticas de un problema logran subsumirse, calzar, o acomodarse dentro del supuesto que nos fija la ley, norma, o premisa mayor, como consecuencia el intérprete con suficiencia adoptará la conclusión que signifique la conjugación de ambas premisas. Esto ayuda en la certeza del Derecho, pues el juez se verá obligado a que cualquier decisión que adopte, cumpla una primera regla de justificación interna, al ser exigible un mínimo de coherencia lógica en su decisión. Este requisito de no contradicción, que también se denomina principio de identidad o tercero excluido, es una característica apreciable respecto de la conclusión en un problema.

La no contradicción es una condición necesaria en el silogismo en cuanto la coherencia lógica es un sucedáneo de la no contradicción. A su vez, por el principio de identidad, una afirmación es igual a sí misma y no equivale a otra interpretación. Finalmente, la cuestión del criterio de tercero excluido, implica que una afirmación puede ser o bien cierta o bien falsa, pero no puede implicar una tercera posición.

Asimismo, el silogismo y las reglas han constituido pasajes importantes en el razonamiento material del hombre (Atienza, 2004, p. 37). Las reglas por excelencia traducen sentidos de orden, respeto por los derechos de los demás, y materialización de facultades. Los Códigos, en su gran mayoría, albergan un importante número de reglas que hacen viable la existencia del individuo en sociedad. Los derechos de esa persona son respetados en la medida que se le exige respetar el derecho de los demás.

Las reglas son definidas, desde la argumentación jurídica, como mandatos definitivos. Dworkin (2012) precisaba respecto a esta noción una idea del todo o nada, quiere decir, o se aplican o no se aplican, o se siguen o no se siguen,

o se acatan o no se acatan. No hay al respecto un punto intermedio y por ende, constituyen una única respuesta correcta. Prieto (2001) ofrece sobre las reglas una tesis de uniformidad ideológica, quiere decir, expresan una determinada y única posición, que solo puede contener un significado (p. 5). De igual forma, esas reglas suelen denotar en las relaciones jurídicas, proposiciones de juicios prescriptivos. Es decir, las reglas contienen, por lo general, mandatos que las personas deben respetar, acatar y cumplir. El gran problema ocurre cuando esas reglas no son suficientes para resolver una controversia que, *prima facie*, debe ser resuelta en el ámbito de las propias reglas.

Respecto a la común taxatividad de las reglas, se genera una línea que atenúa el rigor clásico que le asignó el positivismo histórico o excluyente. En efecto, no se puede entender la fisonomía de las reglas sin aludir a la Escuela del Positivismo Jurídico como elemento de su justificación conceptual. Landa refiere un interpretativismo textualista en vía de crítica al voto de la mayoría en el caso El Frontón, para destacar un carácter de literalidad en la corriente que acusa el razonamiento de la mayoría (STC N° 03173-2008-PHC/TC, FJ. 46).

3.2.3. Los principios como axiomas, valores y directrices.

Como oposición a los mandatos definitivos que representan las reglas, los principios se traducen como mandatos de optimización que ordenan hacer algo de mejor forma posible dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas (Alexy, 1998, p. 143).

La referencia de optimización se acerca al óptimo de Pareto, pues no es posible beneficiar a alguien sin perjudicar a otra persona. Esto llevado a nuestros conceptos nos lleva a plantear la premisa de que los contenidos de los derechos siempre van a poder ser mejorados, en tanto concurren condiciones jurídicas y fácticas adecuadas. Unas veces se afectarán derechos, pero otras tantas, frente a esas afectaciones tendrán lugar, casi en simultáneo, la satisfacción o mejora de otros derechos. Este es un punto de partida material importante para configurar la ley de la ponderación.

Es posible desarrollar la idea: si la idea de regla viene a definirse con precisión a partir del mensaje “luz roja”, pues “luz roja” implica detenerse y su contravención equivale a una multa, es necesario destacar, que el concepto de principio atiende al valor supremo, al contenido axiológico de un derecho o la pauta valorativa de un bien jurídico mayor. Por ende, el principio representa una dimensión que las reglas no alcanzan, dado su contenido de definitividad.

El principio pretenderá expresar el contenido axiológico de un derecho fundamental, construyendo a su lado una tesis axiomática de moralidad. Representa el principio una idea moral, pero recoge al mismo tiempo una pauta previa de juridicidad. Eso nos ilustra la noción de que los principios no se alejan de modo estricto, taxativo y excluyente de las reglas, pues los principios, al contrario, representan una versión mejorada de las reglas, en cuanto a las mismas se les añade un contenido valorativo que el intérprete recoge, desde una visión axiomática del derecho en juego.

Ferrajoli (1995) precisa, en cierto modo, esta conjunción entre reglas y principios. Así por ejemplo, la “luz roja” traduce una regla explícita: no cruzar. La “luz roja” también aspira a convertirse en principio, cuando involucra a su vez la protección del bien jurídico vida. Así, se formula una advertencia a la persona: si ésta cruza la luz roja, no solo se configura un efecto de infracción, sino también, una afectación, hasta grave posiblemente, al bien jurídico vida, en la medida que cruzar irresponsablemente la “luz roja” puede devenir incluso en la más grave afectación al referido bien jurídico vida, quiere decir, la ocurrencia de una muerte en caso de un grave accidente (p. 868). A su vez, hay derechos con naturaleza bifronte, como sostiene Ferrajoli (1995), pues los mismos pueden representar, casi en modo simultáneo, reglas y principios. Pero, esta idea representa una noción a discutir por cuanto la posición clásica entre reglas y principios, nos ubica en un plano de naturaleza cuasi excluyente, es decir, o se trata de reglas o se trata de principios.

Es importante precisar asimismo que Ferrajoli ha hecho una distinción entre principios reguladores y directivos. “Los primeros expresarían expectativas

determinadas: por ejemplo, el derecho a la igualdad, que hace que se espere un tratamiento igual por parte de la ley. Los segundos enunciarían valores, objetivos programáticos o metas ideales, corresponderían a los mandatos de optimización de Alexy” (Pozzolo, 2018).

En esta línea, es posible asignarle a las reglas una vinculación al concepto Derecho y a los principios, una aproximación al valor Justicia, y gozar de un asidero conceptual válido. En efecto, las reglas expresan una vinculación formal al Derecho; los principios, advierten una aproximación material al valor Justicia. Si bien la Justicia debe prevalecer sobre el Derecho, pues ese es el sentido máximo de realización del propio Derecho, con cierto nivel de convicción, que la justicia *per se* no es necesariamente, como valor final, un concepto jurídico indeterminado. Su definición en fase de creación puede ser débil, pero su aplicación puede denotar fortaleza.

Sobre ello, cabe precisar una contingencia, señalando que recurrir a un principio no tiene que estar en el plano de la denominada exigencia de la interpretación. Así, si los intérpretes del Derecho, por excelencia los jueces, fortalecen la existencia del Derecho mismo a través de la aplicación de las reglas y por ende, hablamos de un Derecho cierto, objetivo y determinado, sobre todo, cierto por su completitud, los principios se alejarían desde el mismo momento en que ya no corresponden a una aplicación ideológicamente homogénea del Derecho, sino a un enfoque de trabajar los valores axiológicos de los derechos fundamentales (Hart, 1994, pp. 327-330).

La noción del valor Justicia no puede vaciar de contenido las reglas, pues la aplicación de los principios en las controversias recoge fundamentalmente la necesidad de brindar una respuesta por encima de la contestación unísona de las reglas. Si ubicamos la aplicación de la regla en una controversia específica, se apreciará un contenido de certeza en la misma, y eso de por sí es beneficioso para todo debate con relevancia jurídica (Hart, 1963). No obstante, cuando la respuesta que brinda la regla suele denotar manifiestas insuficiencias en relación a otros derechos, o cuando dentro de esos otros derechos existe un derecho fundamental que denota haber sido

manifiestamente trasgredido, se abre esa pesada puerta que se denomina la configuración material de los principios, cuya connotación axiológica ciertamente parte, muchas veces, de la creación débil de un derecho, esto es, en su ámbito de proyección inicial, pero que en forma posterior, se convierte en una interpretación vinculante si un alto Tribunal opta por asignarle un contenido de prevalencia sobre una regla específica.

En este marco, una idea relevante reside en la configuración de los principios como una tarea compleja. La certeza de las reglas siempre representará ese escenario tentador, un tanto más cómodo, de la respuesta correcta. Más aún, desde la formación jurídica inicial del intérprete, es notable destacar la fortaleza aplicativa de las reglas, pero éstas guardan una especie de silencio forzado, cuando se trata de comparar una regla con un derecho fundamental.

Es importante poner de relieve que la aplicación de las reglas, a pesar de que la controversia sea compleja, traducirá la importancia de la existencia de certeza de la regla misma, es decir, ponemos énfasis en que nos guiamos por reglas que transmiten nociones de definitividad en su aplicación. Por ello, los cánones de la argumentación jurídica avanzan y así el contexto material de los derechos fundamentales presenta situaciones que ponen a prueba la certeza misma que las reglas pretenden definir. Eso resulta cierto, pues las reglas están preparadas, propenden para definir las controversias dentro del ámbito mismo de las reglas, y no a través de los principios.

Entonces, contraponer un principio a una regla conduce a un escenario complejo desde la perspectiva del positivismo jurídico mismo. Al respecto, es válido plantear una tesis: las Escuelas del pensamiento jurídico han ido ganando espacio precisamente por escenarios de insuficiencia de las formas de pensamiento predecesoras. Hechos como el Código de Napoleón en 1804, la Escuela Histórica del Derecho de Von Savigny y sus planteamientos sobre los métodos de interpretación jurídica, así como al positivismo kelseniano de la primera mitad del siglo XX, le confieren al Derecho un valor de certeza en el juicio jurídico. La fortaleza del positivismo jurídico comienza a marcar algunos esbozos de cambio cuando a mediados del siglo pasado, diversas

corrientes de la Argumentación comienzan a marcar un terreno distinto respecto de la lógica kelseniana. Es así que, Viehweg representa un esfuerzo racionalizador en cuanto nos aleja de la simple lógica como forma de dilucidación de las controversias y nos acerca a una forma de pensamiento tópica que propone, a grandes rasgos, extraer argumentos de un escenario denominado realidad (Atienza, 2004, p. 71).

Por su parte, Perelman presenta una propuesta persuasiva de la argumentación. Igualmente, Viehweg supera la mera aplicación lógica en la concurrencia de los argumentos, optando por destacar las nociones de un auditorio universal como referente de la argumentación pues hacia esa realidad debe concurrir el propósito de los argumentos (Atienza, 2004, p. 81).

A la vez, Toulmin y su idea de lógica práctica, nos reconduce hacia la idea de revitalizar la lógica pero no de forma estática, como siempre solía representarse la propuesta del silogismo jurídico, sino de un modo dinámico. La propuesta de Toulmin representa un modo argumentativo con mejoras sustantivas (Atienza, 2004, p. 135).

Asimismo, Mac Cormick y Alexy presentan la teoría estándar de la argumentación jurídica. Con estos autores, en su trabajo argumentativo en el ámbito del contexto de justificación, y en propiedad, en los ámbitos de la justificación interna y externa, se desarrolla el pensamiento contemporáneo, la simple noción aplicativa de la lógica y, así justificar los argumentos que sufren una variación sustantiva.

Confluyen en esa importante variante del pensamiento jurídico, la tesis de los principios como mandatos de optimización. Una de las propuestas principales es que las insuficiencias del positivismo jurídico dan lugar a la aparición de una nueva propuesta argumentativa que ha recibido diversas denominaciones: constitucionalismo del siglo XXI, argumentación por principios, Estado neoconstitucional como expresión del aforismo más principios que reglas, etc. Así, se debe destacar un valor notable de los principios que reside en su vinculación al valor justicia. Si ellos tratan de

expresar una nueva dimensión del problema jurídico, pues es tarea de los mismos construir su propuesta argumentativa desde dos elementos centrales: la razonabilidad y proporcionalidad.

Ciertamente, no puede construirse la justificación de los principios desde la noción aplicativa de las reglas. Hay diferencias de orden preponderante: el raciocinio por reglas parte de una concepción aplicativa, acusa un tanto más la tesis del Derecho como explicación. Mientras que, en el ámbito de los principios, existe una propuesta de justificación de los principios como elementos de prevalencia material frente a las reglas. El razonamiento por principios no puede afirmarse desde bases aplicativas. Pretender hacerlo en el modo subsuntivo que trabajan las reglas, equivale a vaciar de contenido sustantivo los principios. Así concurre la situación más compleja respecto a los principios, pues el intérprete debe analizar la forma de conferir un carácter de prevalencia en la aplicación del principio frente a una regla.

En este caso, el intérprete enfrenta una tarea ciertamente compleja, en la medida que nuestra interrogante se circunscribe a tratar de identificar cómo le conferimos racionalidad a la tesis de los principios. Así, hay una importante diferencia, pues las reglas predicen racionalidad, es decir, una naturaleza fuerte en su ámbito de aplicación; en tanto que los principios predicen razonabilidad respecto a sus ámbitos de prevalencia. Esa razonabilidad equivale a aceptabilidad, equidad y ponderación en su faceta prevalencia. En definitiva, no se puede invocar esa característica de racionalidad respecto de los principios y así es pertinente una precisión que desarrolla Atienza (2016) cuando una controversia se resuelve por principios. Una vez que existe una posición clara respecto a cómo estas razones débiles que representan los principios, se convierten en razones fuertes al tiempo que el intérprete resuelve una controversia, esa vinculación entre principios aspira a convertirse en una nueva regla (p. 9).

En esencia, no se trata de un simple cambio de roles, al contrario, un caso difícil es un caso complejo en tanto aún no sea definido jurisprudencialmente. Una vez que esa controversia deja de ser un caso difícil, las futuras

controversias que versen sobre el mismo tema, por cuestiones de uniformidad y predictibilidad han de tener, previsiblemente el mismo resultado. La importancia de esta afirmación es mayor, pues pueden formar en la ponderación los principios una suerte de reglas, y esto no es sino un ejemplo de cómo se desarrolla, con mucha frecuencia, la jurisprudencia constitucional: las controversias difíciles pueden convertirse en fáciles, una vez resueltas, a menos que la realidad cambie y presente un nuevo escenario complejo.

3.2.4. La ponderación es útil en caso de colisión de principios.

La postura interpretativa de la ponderación, finalmente es una opción antes que una determinación, e implica asumir un camino menos certero que la subsunción. En el caso de las reglas, implica subsumir las condiciones fácticas de un problema determinado dentro del supuesto normativo correspondiente, en tanto que la ponderación expresa la idea de seguir el camino de prevalencia de los principios expresados en el problema de colisión que identifica el intérprete (Bernal, 2003).

En cuanto a la ponderación entre principios, cabe decir que desde las teorías de la ponderación de intereses de Alexy (2009, p. 4), el iter procedimental de esta opción de interpretación no constituye una expresión subjetiva del intérprete sino una justificación continua de los principios en juego. Ciertamente, el valor de la ponderación radica en que la doctrina ha delimitado diversos elementos conceptuales, entre ellos la ley de la ponderación, la fórmula del peso, las cargas argumentativas, etc. Así, en el mecanismo del test de proporcionalidad hay mayores elementos materiales de una expresión procedimental de la ponderación.

En consecuencia, la justificación de la ponderación entre principios tiene lugar como expresión sustantiva. La ponderación, en rigor, es una teoría sustantiva; la proporcionalidad, a su turno, es una manifestación procedimental de la ponderación por lo que denota en ese iter mencionado, un conjunto de sub exámenes, tales como los sub exámenes de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. La nota relevante radica en que la ponderación entre principios, antes que describir una posición subjetiva del

intérprete, grafica la discrecionalidad justificada que éste sigue para determinar que un principio pesa más que otro. No obstante, el problema de la determinación del peso de los principios constituye una de las expresiones de la ponderación que mayor resistencia genera entre los críticos de esta figura. Normalmente, se atribuye al intérprete de la ponderación una posición subjetiva al determinar el peso de los principios, en cuanto, en apariencia, no se justifica debidamente por qué un principio pesa más que otro (Alexy, 2001, p. 79). La referencia a esta observación es relevante, pues mientras que en el debate por reglas y su subsunción, se encuentra un referente en el contenido formal de la regla, en el caso de los principios, no acusamos sino la expresión, muchas veces indeterminada, del principio.

De esta manera, aludir al concepto “dignidad de la persona humana” puede recoger diversas acepciones sobre su contenido. Por oposición, la expresión “luz roja”, como ejemplo de regla, traduce un solo mensaje y no varios, pues la persona está obligada a detenerse. La misma expresión “dignidad de la persona humana” expresa, en su fase de creación y configuración, una indeterminación propia de todo principio. En un ambiente donde 20 personas puedan manifestarse respecto a la dignidad, es altamente probable que recojamos 20 definiciones diversas, quizá unas muy cercanas de otras, respecto de este concepto. Sin embargo, esa manifestación de debilidad, se convierte en fuerte, en la fase de aplicación del concepto, esto es, cuando jurisdiccionalmente se determina la manifestación material del valor dignidad, mas siempre en relación al caso concreto.

Así, un aspecto a destacar con cuidado es que la configuración de los criterios materiales de la ponderación, nunca constituye expresiones tasadas o formas obligatorias de interpretación en sentido general. La ponderación siempre tiene lugar en relación al caso concreto y como denomina Guastini (1999), dentro de una denominada “jerarquía axiológica o móvil” (p. 170). Resulta ser una jerarquía axiológica por cuanto en la ponderación oponemos principios, es decir, contenidos materiales, axiológicos y valorativos, de uno frente al otro. Mas es en el aspecto “móvil” donde debemos poner mayor énfasis de dilucidación pues, en vía de ejemplo, no podemos sostener que el derecho al

honor pese más que el derecho a la libertad de informar. La afirmación correcta habrá de ser, para la ponderación, que “en las condiciones fácticas x, y, z, el derecho al honor pesa más que la libertad de informar”.

De esa forma, no hay un criterio de vinculatoriedad fuerte respecto a una definición in extenso de los principios. El resultado de la ponderación puede efectivamente variar sustantivamente pues si las condiciones fácticas del problema cambian, tiene lugar, igualmente, un eventual cambio en la conclusión del problema. Así, el ámbito fáctico del problema de la ponderación, constituye un tema insoslayable en la ponderación entre principios, mas esta determinación no es excluyente respecto a las condiciones normativas del problema, es decir, si determinadas normas merecen una interpretación determinada en la ponderación, entonces habrá que determinar su peso argumentativo.

En puridad, la ponderación, al igual que la subsunción, constituye una construcción de argumentos, por lo que son siempre condiciones necesarias de los argumentos: la comprensión del problema jurídico por parte del intérprete, la claridad de la exposición, la coherencia lógica, la solidez de la argumentación, la congruencia procesal y la fundamentación pertinente de aplicación normativa, doctrinaria y jurisprudencial. De esta manera, la construcción argumentativa de los principios en la ponderación reclama un considerable esfuerzo fundamentador en casos límite: cuando la fórmula de Radbruch nos señala que el derecho extremadamente injusto no es derecho en realidad impone una valla muy alta para la argumentación por principios, en cuanto exige mayor sustentación en la justificación de la posición del principio que ha de prevalecer (Atienza y García, 2016, p. 39).

En efecto, si el derecho es extremadamente injusto y si por su estricta formalidad, no ofrece una respuesta congruente con el derecho fundamental concernido, entonces es exigible replantear el tema de la insuficiencia de las reglas y optar por la función integradora de los principios. Así, la fórmula de Radbruch es solo un criterio de interpretación desde la Filosofía del Derecho y las bases conceptuales materiales del Derecho Constitucional, quizá hasta

una expresión de cierto sentido iusnaturalista, y sin embargo, su aplicación determina una fórmula de contestación frente al derecho estricto. En otros términos, estamos ante una discusión entre el derecho formal, expresado por las reglas, y el derecho material, manifestado en los principios. Y si bien desde las reglas la respuesta tiende a ser la únicamente correcta, la posición de los principios alude a una constelación plural de valores que ordena la posibilidad de proyectar la mejor respuesta posible dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas.

Volviendo al tema vital de la ponderación, cabe decir que los principios siempre acusan un grado de indeterminación. Solicitar que un principio como la dignidad de la persona humana pueda ser expresado con caracteres tangibles, concretos y definidos, es una tarea compleja de acometer (Comanducci, 1998, p. 89). Es así que, la concepción misma del principio parte de una tesis axiológica, valorativa y esencialmente indeterminada. Ante ese aire de indeterminación, los criterios jurisprudenciales como la fórmula de Radbruch, pese a su configuración inicial como idea brumosa, y débil en su fase de creación, de concepción, y de proyección, asumen un tamiz más objetivo, en su fase de aplicación, en cuanto un estándar jurisprudencial define a qué aludimos con la concreción de un concepto jurídico indeterminado.

Ciertamente, la tarea es compleja en la medida que muchas veces la aplicación de criterios interpretativos como la fórmula de Radbruch, no ofrecen una guía metodológica precisa, otras veces puede confundirse con el criterio subjetivo del intérprete y puede confundirse con un decisionismo judicial mal entendido. En efecto, una incorrecta aplicación de este principio de interpretación, o en su caso, una sustentación injustificadamente esbozada de la ponderación, corre el peligro en ciernes de expresar subjetivismo.

Una controversia sobre este mismo asunto de la ponderación se expresa en si ésta solo significa, en la concepción de la constelación plural de valores que le asigna Prieto Sanchis, un dilema, noción que identifica dos posiciones, o si podemos abordar la figura de los trilemas, idea que vendría a explicar una noción más compleja, en tanto se pretende fundamentar una proposición a

través de otra proposición, lo que puede conducir a una discusión hasta el infinito (Atienza, 2004, p. 236). De esta forma, no pueden configurarse restricciones de confluencia en la interpretación. Si bien en la ponderación, lo usual es que haya hasta dos posiciones bien definidas sobre las cuales hay que dilucidar, sin embargo, si la ponderación expresa distintos valores, observemos que en esa identificación de valores no deben presentarse restricciones de interpretación.

Si acudimos a la definición de los principios como mandatos de optimización que ordenan algo de la mejor forma posible dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas, cuanto asumimos en esa noción es que optamos por una mirada al mejor escenario posible, a la atención más realizable del principio más relevante en juego, y en esa labor, deben advertirse todas las opciones concurrentes, sean dos o más. Al respecto, el decisor jurisdiccional tiene la misión de realizar el fin de la justicia y ésta es su tarea principal, independientemente de las posiciones en juego. Interpretativamente es su deber, por lo que, debe construir un juicio jurídico sobre cada una de las posiciones concurrentes, identificando la relevancia de cada posición y de acuerdo al examen ponderativo de dilemas o trilemas, y debe establecer la solución jurídica más concurrente en términos de principios, valores y directrices que contiene la Carta Fundamental.

3.2.5. La frontera entre reglas y principios.

Existe una discusión procedimental necesaria para destacar las vinculaciones entre teoría y práctica. Si bien las reglas y los principios presentan definiciones materiales distintas, su diferenciación en la práctica judicial merece, algunas veces, conflictos de mayor envergadura. En los casos de diferenciación adquiere ribetes trágicos pues la justicia ordinaria, prevalentemente aplicadora de reglas, suele verse en oposición compleja, con los enunciados ideológicos que caracterizan a los principios. De esta forma, llegamos a las situaciones límite en las cuales se debe dilucidar el campo de extensión de aplicación de los principios o si éstos, se circunscriben solo a la justicia constitucional, en tanto las reglas deben ser privativas respecto de la justicia ordinaria.

Esta “controversia no es menor, pues si existieran estas fronteras privativas, tendríamos zonas exentas de control constitucional, o en su caso, situaciones de autonomía incompatibles con el fenómeno del desbordamiento constitucional, el cual propende a que la justicia ordinaria no solo tenga una mirada de costado respecto a la justicia constitucional, sino que aborde la forma de interpretación que ésta pretende” (Prieto, 2009, p. 17). Con esto, según algunos se invaden autonomías interpretativas propias de la justicia ordinaria en desmedro propio frente a la interpretación de la justicia constitucional, según otros, la aplicación del test de proporcionalidad, o una interpretación extensiva del mismo, implicaría su aplicación en materias propias de la justicia ordinaria. En otras palabras, según una postura se invade la autonomía de la justicia ordinaria cuando ésta aplica un razonamiento basado en principios y define las controversias en base a herramientas interpretativas propias de la justicia constitucional.

Al respecto, “es innegable que existe un proceso de constitucionalización de todas las disciplinas del Derecho, como justicia penal, civil, laboral, familia, etc., y en estos últimos campos, el razonamiento por reglas tiende a ser prevalente. Este fenómeno de irradiación ocurre progresivamente, y en propiedad, insta a los jueces de la justicia ordinaria a incluir en sus razonamientos, elementos interpretativos materiales de la justicia constitucional” (Guastini, 2001). Esta orientación debe tener lugar a partir de los casos judiciales que se resuelvan desde todos los ámbitos de la justicia ordinaria, sea niveles de la Corte Suprema y estamentos de menor grado. Por ende, se debe resolver los casos de la justicia común a partir de las cláusulas constitucionales, de los principios procesales constitucionales, y, de ser el caso desde la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, e incluso, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es plenamente sostenible en función de la argumentación que sea necesaria para resolver los casos.

Un problema que identificamos al respecto, a propósito de este conflicto, es la concepción que la justicia ordinaria maneja respecto del proceso en general. La justicia ordinaria aborda, muchas veces, que el proceso se

sustenta y se justifica en la formalidad, solo así subsiste y de ese modo se legitima. Las reglas representan, las más de las veces, razonamientos formales necesarios, su valor es innegable en la formación del juicio jurídico. Por eso su individualización se entiende como la de mandatos definitivos, del todo o nada, y que ordenan o no un sentido de homogeneidad ideológica de comprensión del problema jurídico.

Al contrario, si se entiende un proceso en clave constitucional, el proceso será siempre un instrumento de justicia que utiliza las formas como un camino para llegar a materializarla, mas nunca, como un instrumento para desvirtuarla. La diferencia es aún mayor pues importa la concepción de un proceso como medio o como fin para la realización de la justicia. Si se trata de un medio, es importante acotar que los razonamientos por principios van a ser los instrumentos colaterales para la realización de la justicia. Por el contrario, si el proceso es un fin, entonces le debemos al mismo la rigurosidad de las reglas.

Si bien la justicia ordinaria impone como regla la formalidad y el carácter imperativo de las normas que la caracterizan, debe aceptar también la posibilidad de su adecuación, nos referimos a las formas, para el logro de los objetivos del proceso que, en rigor, es la resolución de los intereses en conflicto o la eliminación de las incertidumbres con relevancia jurídica. Así, hay un debate que no tiene ni punto de partida ni de conclusión. Las formas de las reglas, en ciertos ámbitos, sobre todo en conflictos fáciles, en la clásica tipología de Atienza (2005) “no deben presentar mayor discusión pues la interpretación de la justicia ordinaria no debe sino realizarse desde una perspectiva de razonamiento silogístico” (p. 121).

El debate se presenta desde la necesidad de contextualizar la aplicación material de los principios, “en la idea de que la exigencia de aplicación de los mismos, nuevamente nos retrotrae a la denominada dificultad de aplicación de los principios, cuando en realidad es menos complejo, menos polémico definir una controversia por reglas, las cuales nos presentan razonamientos puntuales, concretos y definitivos” (Hart, 1963, p. 34). Y por cierto, transmiten

en su razonamiento certeza aplicativa y seguridad en las bases silogísticas del razonamiento.

En esta línea, existe cierto silencio de las reglas frente al contexto material de los principios. La posibilidad que representa la aplicación de las reglas, lamentablemente, constituye un acto unilateral desde quien debe ejercer la decisión como juez de la justicia ordinaria, de impartir justicia. Sin embargo, la impartición de justicia no solo tiene una faceta material. Así, estamos frente a un rostro agrietado si solo abordáramos la noción de justicia desde la perspectiva de las solas decisiones de los jueces. Al contrario, la figura de discusión de esta materia se amplía si contextualizamos la decisión judicial desde la perspectiva más integrada de la comunidad jurídica y la sociedad civil en su conjunto.

La premisa anterior tiene una connotación de relevancia. La decisión judicial por reglas satisfará el contexto argumentativo silogístico del juez, pues, éste podrá aseverar que la aplicación de la ley es el primer deber del juez. Se acepta parcialmente esta afirmación, pues es un deber del juez la aplicación de la ley, mas en esa aplicación hay implícito un deber especial de protección⁷ en simultáneo y también, de los derechos fundamentales.

Dicha referencia a este deber ha sido desarrollada, igualmente por el Tribunal Constitucional Federal Alemán, uno de los órganos jurisdiccionales emblemáticos en la defensa de los derechos fundamentales en el escenario contemporáneo.

⁷ STC N° 0858-2003-AA/TC Caso Eyler Torres del Águila:

6. (...) El Estado (...) “tiene, en relación con los derechos fundamentales, un *deber especial de protección*. Por cierto, este *deber especial de protección* del Estado no es sólo una cuestión teórica derivada de la existencia de una o más teorías sobre la legitimidad del Estado. Constitucionalmente sustenta la dimensión objetiva de los derechos fundamentales. En efecto (...) los derechos fundamentales no sólo tienen una dimensión subjetiva (esto es, no valen sólo como derechos subjetivos), sino también una dimensión objetiva, puesto que los derechos fundamentales constituyen el orden material de valores en los cuales se sustenta todo el ordenamiento constitucional” (cf. STC 0976-2001-AA/TC, 0964-2002-AA/TC, entre otros).

Por ende, “no puede evidenciarse una realización del fin de la justicia si el razonamiento por reglas no advierte la necesidad de incorporar un razonamiento por principios, desde la primera interpretación incluso del primer debate de la controversia. De esa forma, los jueces de la justicia ordinaria, son antes jueces de la Constitución, en las controversias a su cargo, y la interpretación debe constituir un medio para la realización del fin justicia, en tanto la idea de las formas y el propio aporte de las reglas son en rigor solo un medio” (Figuerola, 2010d).

De esa forma, si bien no hay criterios definidos para referirnos a una frontera entre reglas y principios, sí tenemos elementos materiales para proponer una necesaria interrelación entre los mismos en función de la interpretación de las controversias en concreto: las reglas definen, las reglas establecen, las reglas prescriben, más los principios integran, los principios suplen o complementan, los principios confluyen. En esa división de funciones, no hay criterios excluyentes, pues las cuestiones por principios mejoran las proposiciones por reglas. Por ende, no hay una exclusión taxativa sino una vinculación material. Los principios no vacían de contenido las reglas sino asumen una función de valiosa complementariedad.

3.2.6. Una nueva teoría de la argumentación jurídica.

A partir de lo expresado, existe la necesidad de construir una nueva teoría de la argumentación jurídica o si bien, sus alcances ya definidos, brindan elementos materiales para su perfeccionamiento. En rigor, no puede haber posición cerrada sobre esta materia, en función de que la construcción de nuevos estándares de argumentación es una tarea siempre inacabada. En este marco, el avance de la argumentación desde el silogismo aristotélico de hace más de 2,000 años hasta el discurrir de la retórica en la Edad Media, advirtiéndose el auge de los pensamientos iusnaturalista, positivista y más recientemente constitucionalista, nos deparan horizontes de estándares determinados en función de aportar un rango de justificación a las ideas del hombre.

De esta forma, se puede indagar si esta forma de constitucionalismo fuerte del siglo XXI, es una especie de positivismo jurídico ya que las premisas fuertes en el razonamiento del Estado constitucional, tienen un fuerte efecto de irradiación de los derechos fundamentales en todos los ámbitos del Derecho, así como una constitucionalización de todas las áreas del Derecho, sin que esto vacíe de contenido sustantivo cuanto las reglas expresan en los mismos (Prieto, 2013).

Bajo esta pauta, nos indagamos en qué forma la moderna teoría de la argumentación jurídica se hace más fuerte y responde, con mayor suficiencia, a las cuestiones complejas que nos plantean los casos difíciles, siempre innovadores y en detalles que la realidad aporta con más y más énfasis. Así, no hay esquema final, acabado y definido para una teoría de la argumentación jurídica. La vida diaria depara nuevos retos para los intérpretes del Derecho. Nuevas formas de relaciones entre los seres humanos -los retos genéticos modernos por ejemplo- ponen a prueba cada día los esquemas de razonamiento y ponen a prueba los estándares que el hombre va construyendo como perfiles determinados.

Es en ese ámbito que concurre, como valioso aporte justificativo, los estándares de justificación que aportan en su diario trajinar por los vericuetos y pasadizos de la argumentación, a veces sin aparente salida. En efecto, si partimos de que en la propuesta de la argumentación estándar que hoy prevalece, los derechos fundamentales tienen un lugar preferencial, entonces aceptamos la existencia de nuevos derechos en las discusiones, así como que los mismos postulan a convertirse en nuevos derechos fundamentales. Por tanto, es el juzgador racional quien asume la decisión de conferirle ese valor.

Ese juicio de examen jurisdiccional constituye un aporte de singular importancia para hacer incluso más predecible el Derecho, en cuanto las decisiones de los jueces fijan estándares en la dilucidación de conflictos. De ahí, la enorme necesidad de que las decisiones de altos tribunales, como sucede con las Cortes Supremas de los países, los Tribunales, Cortes y

Consejos Constitucionales en todo el mundo, representen un propósito mejor esbozado de razonamiento de justificación respecto a los derechos en juego. Así, es importante que dichas decisiones recojan estándares propios de Cortes con autoridad interpretativa prevalente, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos u otras Cortes con rango de fijación de argumentos de autoridad.

Una cuestión de capital importancia es que el Derecho tiende a homogenizarse, en todos los ordenamientos. Los derechos se van conquistando progresivamente, se van fijando nuevos estándares, y en propiedad, espacios donde esos derechos se reducen, son en realidad una circunstancia cada vez menor. Así, si los derechos de los ciudadanos son avasallados bajo la pauta no veraz de que *autoritas non veritas facit legem*, la idea material no es en rigor que la autoridad y no la verdad, hace la ley, sino debe ser lo contrario y la noción debe ser reconstruida, pues es la verdad y no la autoridad la que hace la ley, en tanto representa un imperativo categórico ineludible para los Estados contemporáneos (STC 007-2012-PI/TC. FJ. 20.).

En ese ruta de argumentos, es ineludible el rol que juega la argumentación de los derechos y en especial, la justificación de las decisiones de los jueces, en especial la configuración de las razones por parte de las altos tribunales y en ese camino, existe la necesidad de ajustar, y ajustar una vez más, y volver a ajustar más, las decisiones a los estándares de respeto de los derechos fundamentales de los ciudadanos sin que puedan existir zonas exentas de control constitucional. Así, tenemos un modelo de Estado en el cual haya más ponderación que subsunción, más principios que reglas y en el cual, la interpretación judicial de los derechos fundamentales denote un espacio extraordinario en los esquemas argumentativos, en tanto es finalmente a los jueces a quienes se encomienda la defensa de los derechos fundamentales, y al respecto, una teoría estándar de la argumentación que se identifique sintáctica y estratégicamente con los derechos que enuncia el Estado constitucional, es el esquema de razonamiento que merece un espacio de continuidad en el devenir histórico de la argumentación.

En la misma línea, las nociones de la teoría moderna de la argumentación resultan ser un aporte para el mundo latino, por ello se debe superar esa idea de sucursalismo intelectual de Latinoamérica con la finalidad de desarrollar sus propios estándares argumentativos, desde su propia realidad (Atienza, 2008, pp. 13-14).

3.2.7. Aportes finales.

Es importante señalar que las relaciones entre reglas y principios no son excluyentes. La noción tradicional de que las reglas se excluían con los principios, y a su vez que éstos reemplazaban a las reglas, merece una corrección en el sentido de que ambos conceptos tienden a replantear sus contenidos materiales.

Si bien un Estado neoconstitucional no establece que el enfoque tiende a ser más ponderación que subsunción y más reglas que principios, la idea a proponer es que aun siendo fuerte el concepto material de principios, éstos a su vez deben atender el carácter ‘prescriptivo’ de las reglas. Es así que, la ponderación juega un rol fundamental pues constituye un modo optimizado de apreciar y entender el Derecho así como traduce una opción interpretativa, entre las varias formas de resolver las controversias entre derechos fundamentales.

De igual forma, podemos hablar de fronteras entre reglas y principios, proponiendo que las diferencias entre sus contextos materiales tienden a ser menos definidas. Así, ante su insuficiencia, las reglas necesitan de los principios, y que éstos, para su mejor optimización, recogen expresiones de juridicidad de las reglas.

Hay que agregar que “Los principios expresan las creencias comunes de la población sobre el modo en que debe gobernarse la sociedad. Así, parece que se puede decir que los principios son valores positivizados” (Pozzolo, 2011, p. 102).

Por ello, la teoría de la argumentación jurídica es una tarea siempre en continuo propósito de construcción, pues los esquemas de la argumentación jurídica, siempre prestos a esbozar modelos predecibles de respuesta, se ven rebasados por la realidad cada vez más compleja de nuevos argumentos que provienen del diario quehacer de los hombres. Ante tal situación, la argumentación se adapta a la realidad, por lo que no es expresión acabada sino materialización de continuas respuestas, papel en el cual la manifestación omnicomprensiva de los derechos fundamentales y del Estado constitucional, es un ancla de necesario significado trascendental.

CAPÍTULO IV: JUSTIFICACIÓN DE LA TESIS.

4.1. La garantía de la identidad como derecho fundamental.

4.1.1. La aplicación del control difuso a los procesos de filiación en la jurisprudencia reciente.

En la jurisprudencia peruana reciente, se puede apreciar algunas resoluciones que aplican el control difuso en proceso de filiación con el fin de tutelar el derecho fundamental a la identidad de los menores.

Así, en la Consulta en el Exp. N° 7521-2014- LIMA SUR, emitido el 25 de agosto de 2015, referido al Control difuso para la inaplicación del artículo 372° del Código Civil (impugnación de la maternidad), se ha precisado que:

“Fundamento Décimo sétimo: Por consiguiente, al encontrarnos ante un conflicto de normas jurídicas que resultan aplicables al caso *sub litis*, de un lado la norma constitucional que reconoce como un derecho fundamental de la persona el derecho a la identidad, artículo 2 numeral 1 de la Constitución Política del Estado; y de otro, la norma contenida en el artículo 372 del Código Civil; sin que de la interpretación conjunta de las normas invocadas sea factible obtener una interpretación conforme a la Constitución Política del Estado; por esta razón, al advertirse que la antinomia se presenta entre una norma de carácter legal y otra de carácter constitucional, debe inaplicarse la norma legal y preferirse la norma constitucional; razón por la cual corresponde aprobar la consulta formulada.”

A su vez, en la Casación 864-2014- ICA, emitido el 01 de septiembre de 2014, referido a la nulidad de la partida de nacimiento por engaño sobre la

paternidad del hijo (Impugnación de la paternidad extramatrimonial), se ha sostenido que:

“Quinto.- Que, la concepción del derecho a la identidad previamente glosada debe concordarse con la regulación dispensada por la norma del artículo 6 del Código de los Niños y Adolescentes, según la cual el derecho a la identidad incluye el derecho a conocer a sus padres y llevar sus apellidos, debiendo entenderse esta referencia a los verdaderos padres.

Sexto.- Que, en tal orden de ideas, una correcta interpretación de la norma contenida en el artículo 395 del Código Civil, implica concordarla con el artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política del Perú, así como del artículo 6 del Código de los Niños y Adolescentes, de acuerdo a la concepción previamente propuesta.

Sétimo.- Que por consiguiente, se advierte que el Ad quem ha incurrido en la denuncia postulada en el recurso de casación materia de absolución; es decir, ha infringido el artículo 395 del Código Civil, en el entendido que no efectuó interpretación sistemática, acarreando ello la nulidad de la sentencia de vista recurrida, (...)”

Asimismo, en la Consulta en el Exp. 3873-2014- SAN MARTÍN, emitido el 17 de marzo del 2015, referido al Control difuso para la inaplicación del artículo 400 del Código Civil (plazo de impugnación de paternidad), se ha establecido que:

“Fundamento 8.3: En tal contexto, el plazo de caducidad de impugnación de paternidad contenido en el artículo 400 del Código Civil, prima facie en un examen abstracto, tendría una finalidad constitucional, cual es, la protección y consolidación del estado de familia; sin embargo no se observa que el medio para obtener dicha finalidad en el caso concreto resulte idóneo, ya que la norma limita el derecho a la familia y a la identidad, restringiendo la determinación de la familia biológica a la que pertenece el menor, lo cual puede comprobarse de forma certera con la prueba de ADN ofrecida por el accionante; en tal sentido, la

medida legislativa de acción de estado de impugnación de paternidad sujeta al plazo de caducidad de noventa días; resulta lesiva a los derechos involucrados expuestos en el fundamento sétimo de la presente sentencia, de acuerdo a las circunstancias particulares del caso, como es el derecho a la familia, el derecho a la identidad biológica y el principio del interés superior del niño; estando más bien desvinculado el medio, de conseguir el fin constitucional propuesto de protección de la familia, concluyéndose que dicho medio empleado por el legislador (materializado a través del artículo 400 precitado) no guarda una causalidad razonable, estando alejado más bien, del fin constitucional que persigue, en razón a que termina afectando derechos vinculados a la institución que debería tender a proteger, por lo que no supera el examen de idoneidad, deviniendo en inaplicable al caso concreto; careciendo de objeto el examen de necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, de conformidad con el fundamento 6.12.”

4.1.2. La postura del Código Civil de 1984.

El problema se encuentra dirigido a determinar el grado de protección normativa que otorga el Código Civil al menor en los procesos de filiación. En este caso, el niño puede haber nacido como consecuencia de un acto de infidelidad o una relación eventual (la mujer soltera que estando embarazada de un tercero, se casa para que el marido reconozca a un hijo que no es suyo), “pero también se puede tratar de un nuevo hogar, constituido por la mujer casada y un tercero, que no puede formalizarse por la ausencia de pronunciamiento del marido, por razones de abandono del hogar conyugal sin domicilio conocido o de la negativa de éste a la disolución del matrimonio” (Tesis PUCP, Ramírez, 2018, p.54) .

En el contexto de la normas del Código Civil, anterior a la reforma del Decreto Legislativo N° 1377 del año 2018, el caso se iniciaba cuando una mujer casada o soltera sostenía relaciones íntimas con un tercero ajeno a una relación marital, cualquiera sea la circunstancia, y como producto de ello procreaba un hijo (extramatrimonial). La etapa siguiente, era el accionar del

padre biológico del nacido, que queriendo reconocer a su hijo, visitaba con la madre al Reniec con el fin de registrar la partida de nacimiento del menor, pero sin contar con la posibilidad de suscribirla. Tras ello, se le cursaba una notificación por Reniec al esposo, como parte del procedimiento registral al estar establecido por ley. Como resultado, generalmente el marido no solo no formulaba cuestionamiento alguno a dicha circunstancia ante Reniec, al mostrar una aparente conformidad con el registro que efectuaba la madre donde aparecen los datos de un tercero en calidad de padre, sino que tomaba la decisión de no accionar judicialmente, por medio de la impugnación de paternidad matrimonial del niño, probablemente por considerar que el registro de nacimiento llevado a cabo por la madre y padre biológicos, donde está ausente su nombre, resultaba suficiente para librarse de cualquier responsabilidad sobre el menor, o también podía suponer que no tiene validez alguna al considerarse como no puesto, conforme al Código Civil.

De acuerdo al Código Civil vigente, el acto de reconocimiento viene a ser el mecanismo irrevocable a través del cual los padres del nacido manifiestan tener la condición de tales respecto de éste, constituyendo el medio de prueba de la filiación conforme al artículo 395° del Código Civil. En caso de un hijo matrimonial, la ley señala que bastará que uno de ellos lo registre, para que quede validado el reconocimiento de ambos por la existencia del vínculo matrimonial, mientras que, en caso de un hijo extramatrimonial, éste puede ser reconocido, en forma conjunta por la madre y el padre, o en forma indistinta por cualquiera de ellos, conforme al artículo 388 del Código Civil. Sobre este último caso referido, es posible entender que el hijo extramatrimonial nacido tiene la condición de hijo del padre biológico, independientemente de la determinación de la filiación, pero dentro de la norma civil es claro que sobre el padre extramatrimonial no opera presunción alguna, ya que la ley no tutela relaciones extramatrimoniales. Entonces, el establecimiento de una relación paterno filial puede implicar, por un lado, la existencia de un acto libre y voluntario de reconocimiento del hijo, por parte del padre, y de no ser posible, se requerirá de una acción judicial de emplazamiento con el fin de que el órgano jurisdiccional declare esta relación paterno filial, por ende, el

reconocimiento o la sentencia de paternidad vienen a ser los únicos medios probatorios de una filiación extramatrimonial (Tesis PUCP, Ramírez, 2018, pp. 55-56).

A su vez, el Código Civil también ha legislado otra variante en la filiación de un hijo extramatrimonial, ha establecido una limitación a la declaración de paternidad llevada a cabo por un tercero sobre el hijo extramatrimonial nacido durante la vigencia del matrimonio de la mujer, declarando la presunción de paternidad matrimonial del esposo sobre los hijos nacidos durante la vigencia del matrimonio o dentro del plazo de trescientos días posteriores a la disolución del vínculo matrimonial, imponiendo dicha presunción solo en caso que la propia madre del menor declare expresamente que es el padre del niño (artículo 362° Código Civil), todo ello para proteger la unión familiar dentro de la sociedad. (Tesis PUCP, Ramírez, 2018, p. 54).

En efecto, el reconocimiento de paternidad llevado a cabo por el tercero, estará condicionado a la declaración expresa de la madre que el hijo no es del marido o a la voluntad del marido de decidirse a impugnar judicialmente la paternidad del niño. Así, en algunos casos no resultará suficiente la impugnación de la paternidad del niño, sino que será necesario obtener una sentencia judicial favorable (artículo 396° Código Civil⁸), a fin de que proceda la filiación extramatrimonial del hijo de una mujer casada.

Esto significa que, en caso de no existir declaración expresa de la mujer, la decisión del marido de impugnar la paternidad del hijo de su esposa, será vital para coadyuvar a que el reconocimiento pueda ser llevado a cabo por el padre biológico y sea considerado válido por la ley civil. Este cuestionamiento de paternidad, podrá ser efectuado por el marido en un plazo perentorio de noventa días contados a partir del día siguiente de ocurrido el parto (luego de transcurrido dicho plazo el marido no podrá cuestionar en forma alguna la paternidad del hijo extramatrimonial). Al interpretarse en sentido contrario, si no se realiza la impugnación de paternidad, se producirá una aceptación tácita

⁸ “Código Civil, artículo 396°: El hijo de mujer casada no puede ser reconocido sino después de que el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable”.

de paternidad matrimonial (artículo 364° Código Civil), confiriendo al hijo nacido todos los derechos que pudieren corresponderle en su calidad de hijo matrimonial.

En síntesis, la legislación civil no reconoce el derecho de una persona para reclamar la determinación de su filiación o para impugnarla, minimizando el acceso al ejercicio del derecho a la identidad del menor, lo cual lleva implícita la idea de buscar la tutela de la familia tradicional. El Código Civil no confiere la legitimidad al tercero para intervenir, tan igual como le concede al marido para cuestionar la paternidad, haciendo presunciones que impiden que se haga un registro real en Reniec, conforme a la identidad biológica del menor.

4.1.3. El Decreto Legislativo N° 1377 del 2018, que modifica algunas normas sobre filiación del Código Civil.

El Decreto Legislativo N° 1377, publicado el 24 de agosto del 2018, reforma algunas normas sobre filiación del Código Civil, con el fin de salvaguardar el derecho a la identidad del niño en los procesos de filiación. Las normas que reforma el Dec. Leg. N° 1377, son las siguientes:

«Presunción de paternidad

Artículo 361.- El hijo o hija nacido/a durante el matrimonio o dentro de los trescientos (300) días calendario siguientes a su disolución tiene como padre al marido, salvo que la madre declare expresamente lo contrario.»

«Presunción de filiación matrimonial

Artículo 362.- El hijo o hija se presume matrimonial, salvo que la madre declare expresamente que no es del marido.»

«Reconocimiento del hijo extramatrimonial de mujer casada

Artículo 396.- El hijo o hija de mujer casada puede ser reconocido por su progenitor cuando la madre haya declarado expresamente que no es de su marido. Este reconocimiento se puede realizar durante la inscripción del nacimiento cuando la madre y el progenitor acuden al

registro civil, o con posterioridad a la inscripción realizada solo por la madre, cuando esta haya declarado quién es el progenitor.

Procede también cuando el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable.»

«Procedencia de la declaración judicial de paternidad extramatrimonial

Artículo 402.- La paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada:

(...)

6. Cuando se acredite el vínculo parental entre el presunto padre y el hijo o hija a través de la prueba de ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza. El juez desestimarás las presunciones de los incisos precedentes cuando se hubiera realizado una prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza.»

Asimismo, en el Decreto Legislativo N° 1377, LA Primera Disposición Complementaria Derogatoria precisa que:

“DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS DEROGATORIAS

PRIMERA.- Derogatoria del artículo 404 del Código Civil.

Derógase el artículo 404 del Código Civil referido a la declaración judicial de paternidad del hijo de mujer casada.”

De esta forma, en el Código Civil se deroga la siguiente norma:

“Artículo 404º.- Declaración judicial de paternidad del hijo de mujer casada

Si la madre estaba casada en la época de la concepción, solo puede admitirse la acción en caso que el marido hubiera contestado su paternidad y obtenido sentencia favorable.”

En esta reforma legislativa, es claro que se toma en cuenta el avance de la constitucionalidad del derecho (Neoconstitucionalismo), y los avances científicos y tecnológicos relativos a la prueba genética del ADN, para probar la filiación paterna y materna, por ello se han dado una ligera solución al problema de la paternidad de los hijos concebidos con mujer casada y su reconocimiento por un tercero, modificando las reglas de los artículos 396 y 402, y derogando el artículo 404 del Código Civil, que dan la posibilidad de poder impugnar y/o declarar la paternidad de un hijo supuestamente extramatrimonial habido en una relación matrimonial, siendo necesarios la ***declaración expresa de la madre sobre el padre biológico del hijo sin importar la negación del marido*** y “***la acreditación del vínculo parental entre el presunto padre y el hijo o hija a través de la prueba de ADN*** u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza” (Portal Legis).

De otro lado, el derecho a su identidad “se justifica por el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente, siendo que los atributos esenciales de la persona, ocupan un lugar primordial, como es el derecho a la identidad establecido en el inciso 1 del artículo 2 de la Constitución, que comprende el derecho a un nombre, a conocer a sus padres y conservar sus apellidos, así como el relativo a tener una nacionalidad y la obligación del Estado a su protección” (Tesis, Sullon, 2015).

En esencia, es posible notar que prevalecen los principios que enuncian derechos fundamentales como es el derecho a la identidad de un niño, niña y adolescente, a la verdad biológica, a saber su origen biológico, a su personalidad conforme aparecen en la Convención sobre los Derechos del Niño, la Constitución Política peruana y el Código de los Niños y Adolescentes, concordada con los artículos del Código Civil, reformados cuando está en boga la constitucionalidad del derecho, y el desarrollo biomédico de la prueba genética del ADN.

Por lo anterior, la protección del núcleo de la familia matrimonial, se ha mejorado poco a poco, tanto en la jurisprudencia como en la legislación

peruana, poniéndose a tono con la normatividad internacional respecto a los derechos del niño, niña y adolescente. Esta modificación de varios artículos referidos al derecho de familia, va de la mano con la jurisprudencia reciente sobre procesos de filiación que venían aplicando el control difuso declarando que la constitucionalidad de los derechos fundamentales debe primar sobre aquellas normas del Código Civil, generando así una respuesta justa y oportuna a los problemas que se dan en los procesos de filiación de paternidad.

4.1.4. La postura de la Constitución Política de 1993.

El artículo 2 de la Carta Magna afirma que “toda persona tiene derecho a su identidad (inciso 1), a la igualdad ante la ley (inciso 2). El artículo 4° expresa que la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente...También protegen a la familia y promueven el matrimonio. El artículo 6° refiere que la política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables. Reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir” (Tesis, Ramírez, 2015).

A su vez, el Código de los Niños y Adolescentes, en su artículo 6 señala que “El niño y el adolescente tienen derecho a la identidad, lo que incluye el derecho a tener un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y llevar sus apellidos. Tienen también derecho al desarrollo integral de su personalidad...”. Esto concuerda con el artículo 19° del Código Civil, que expresa que “toda persona tiene el derecho y deber de llevar un nombre...”; y “con las normas de la Ley Orgánica del RENIEC, en donde se determina que es imprescindible que en la solicitud de inscripción, se consignen los datos que permitan la identificación del niño o adolescente, así como de los padres biológicos, con el objeto de establecer la filiación, lo cual permitirá que el menor logre hacer prevalecer sus derechos y libertades” (Rojas, 2011, p. 23).

No obstante, “el derecho fundamental a la identidad no es exclusivo de los niños, sino que es propio de toda persona, tanto que este derecho fundamental está estrechamente vinculado con el derecho a la vida, pues

desde el inicio de la vida, nace el derecho de toda persona a ser reconocido como tal” (González, 2009, p. 136).

“En efecto: hablar de identidad es hablar de la conciencia que tenemos de nosotros mismos, y es conveniente advertir que esa conciencia de uno mismo no es algo irrelevante para el ser humano: el hombre necesita saber quién es él, para serlo de manera plena. Esto es así en todos los órdenes de la vida” (González, 2009, p. 136).

El derecho fundamental a la identidad trae consigo “el derecho de todas las personas a una identidad biológica, como expresión directa de la dignidad humana. Este derecho a la identidad biológica lleva como referente material mediato a las necesidades esenciales que están en la propia existencia del individuo, que son un elemento básico para su realización, al permitir su completo desarrollo como persona. Este derecho se manifiesta en la imagen y en las circunstancias que determinan qué y quién es una persona. Este derecho se hace efectivo por medio de un nombre, una identificación, el conocer a los padres y llevar sus apellidos” (Tesis, Moscol-Borrero, 2016).

Además, el derecho fundamental a la identidad deriva en un derecho con sustento constitucional como el derecho “de conocer y emplazar su estado filiatorio, con todas las búsquedas previas incluso de tipo biológico que se enderezan a ese objetivo” (Placido, 2002, pp. 7-13). “Más allá de lo jurídico, de lo legal, de lo correcto, la única víctima del ocultamiento de la verdad es el niño. Las normas que obstruyen emplazar la filiación que corresponde a la realidad biológica son inconstitucionales. Entonces, se deduce que la posición de Placido es que, como criterio general, el derecho de saber la verdad biológica siempre debe primar” (Tesis, Moscol-Borrero, 2016).

En la misma línea, Varsi (2010) precisa que “Entre la identidad personal y la realidad biológica existe una relación mediante la cual un sujeto encuentra su ubicación en una familia y obtener el emplazamiento que le corresponde, el derecho a saber quiénes son sus padres” (p. 237).

De igual forma, sobre el derecho fundamental a conocer el origen biológico, Morán (2004) afirma “que el régimen de filiación reconoce la primacía del derecho a conocer el propio origen biológico del hijo sobre el derecho a la intimidad de los padres. Por este motivo, el ejercicio del derecho a conocer el propio origen biológico a través de la acción de investigación de la paternidad y maternidad, no sólo tiene por finalidad el establecimiento de la filiación biológica sino también la constitución de la relación paterno – filial con el conjunto de derechos – deberes recíprocos que ello implica” (pp. 58-59).

Lo anterior significa que, la norma normarum ampara “como derecho fundamental al derecho a la identidad, que comprende diversos elementos de identificación, todos importantes para el desenvolvimiento individual y de la vida social de la persona, por lo que debe ser concebido en su significado amplio. Por ende, el sistema constitucional de filiación responde a la concepción de familia que la considera como una sola, sin tomar en cuenta si su origen es matrimonial o extramatrimonial” (Tesis, Ramírez, 2018, p. 63).

“En esta línea, con el surgimiento de conflicto de intereses, las soluciones que se adopten deben mostrar como una consideración primordial, el principio de tutela de los niños y adolescentes, al tener el Estado la obligación de adoptar acciones positivas para confirmar el vínculo filial, y a la vez, destacar la existencia de un interés público y un interés de los particulares, sobre este tema” (Tesis, Ramírez, 2018, p. 63).

En síntesis, tomando en cuenta el sistema constitucional de filiación de la Constitución de 1993, “se debe procurar un régimen legal que se base tanto en el interés del menor como en la verdad biológica, tratando que la regulación sobre filiación se encuentre a favor del hallazgo de la verdad biológica a fin de que se haga efectivo el deber de los padres de prestar asistencia a sus hijos, sin más restricciones que las destinadas a la tutela de los intereses del menor” (Tesis, Ramírez, 2018, p. 63).

4.1.5. El Control Difuso en los procesos de filiación.

En cuanto al control difuso, el artículo 138 de la Constitución Política precisa que en “caso de existir en un proceso, incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera, e igualmente, preferirán la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior. Así, la Carta Magna confiere a los jueces la opción de preferir la norma constitucional por encima de cualquier norma de inferior jerarquía” (RENIEC. Gaceta Registral, 2008, p.13.)

En esa misma línea, “el artículo 14 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, menciona que cuando los jueces de cualquier especialidad, al momento de resolver el fondo de una cuestión de su competencia, encuentren que hay incompatibilidad en la interpretación de una disposición constitucional con una norma con rango de ley, resolverán la causa con arreglo a la primera; debiendo elevarse en consulta las sentencias en las que se lleve a cabo el control difuso, a una Sala de la Corte Suprema” (Tesis, Ramírez, 2018, p. 64).

El control constitucional viene a ser “una prerrogativa de ultima ratio, por ello no puede ser invocada a menudo en la actividad jurisdiccional. Por dicha razón, el Código Procesal Constitucional, en su artículo VI del Título Preliminar, ha precisado que la inaplicación de una norma legal, solo puede ser viable cuando no sea factible obtener una interpretación conforme a la Constitución” (Tesis, Ramírez, 2018, p. 65).

“Las razones de la constitucionalidad en materia de control difuso, son: la supremacía constitucional, la jerarquía de las normas jurídicas y la inviolabilidad constitucional, teniendo como características” (Tesis PUCP, Ramírez, 2018, p.54):

1. Que se plantea como excepción, en un caso concreto.
2. Que el juez al resolver se pronuncia sobre la inaplicabilidad de la norma inconstitucional.

3. Que los efectos de la sentencia se aplican únicamente a las partes involucradas en el proceso.

El dispositivo citado otorga una facultad expresa a los jueces para la aplicación del control difuso, por ello, además de tener la facultad, tendrán el deber de preferir la Constitución, inaplicando una norma infraconstitucional que la vulnera claramente, sea por la forma o por el fondo, de acuerdo a los artículos 38, 51 y 138 de la Constitución (Sentencia N° 3741-2004-AA/TC, 14/nov/2005).

En rigor, el control difuso como sistema de revisión de la Constitución denominado también como Judicial Review tiene sus inicios en lo resuelto por el Juez Marshall en el caso Marbury vs. Madison en el año 1803 en los Estados Unidos de América, donde se resolvió que todos los jueces y todos los tribunales deben decidir en los casos concretos que le son sometidos de acuerdo con la Constitución, dejando de aplicar la norma inconstitucional, resaltando en lo resuelto que dicha tarea corresponde a todos los tribunales y jueces, sin excepción.

Entonces, “el control difuso de la constitucionalidad de las leyes viene a ser competencia de cualquier órgano jurisdiccional, sin importar la especialidad, pero teniendo en cuenta que la ley no dejará de estar vigente, sino que solo se inaplicará en un caso concreto, a una controversia específica, de naturaleza incidental. Por ello, se puede mencionar que los efectos de la aplicación del control difuso sólo afectarán a las partes vinculadas en el proceso, y no es erga omnes. En los países que lo acogen, se encuentra dentro del Capítulo del Poder Judicial, pues la denominación *difuso*, se refiere a distribuido o difundido entre todos los órganos jurisdiccionales que integran dicho poder del Estado. Una característica muy importante, es el hecho que para la aplicación del control difuso se tiene un procedimiento directo” (Tesis, Ramírez, 2018, p. 66).

En relación a lo anterior,

“El Tribunal Constitucional señala que el control difuso de la constitucionalidad de las normas constituye un poder-deber del Juez que se ampara en el artículo 138 de la Constitución al habilitarlo como un mecanismo para preservar el principio de supremacía constitucional y, en el principio de jerarquía de las normas, establecido en el artículo 51 de la norma fundamental. Por ende, al constituir un acto complejo el omitir la aplicación de una norma cuya validez deriva de la presunción de legitimidad de las normas del Estado, se requiere para su validez, la verificación en cada caso concreto de los siguientes elementos:

- a. Que en el proceso constitucional, el objeto de impugnación sea un acto que constituya la aplicación de una norma considerada inconstitucional (artículo 3º de la Ley N° 23506).
- b. Que la norma a inaplicarse tenga una relación directa, principal e indisoluble con la resolución del caso, es decir, que ella sea relevante en la resolución de la controversia.
- c. Que la norma a inaplicarse resulte evidentemente incompatible con la Constitución, aun luego de haberse acudido a interpretarla de conformidad con la Constitución, en virtud del principio enunciado en la Segunda Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional” (Exp. N° 1124-2001-AA/TC, 11/Julio/2002).

“En consecuencia, tomando como referencia los supuestos del control difuso de constitucionalidad, la presunción de paternidad matrimonial, el derecho de la esposa a impugnarla y el derecho del esposo a impugnarla, se restringiría el acceso del menor o del padre biológico para iniciar la búsqueda de su verdadera filiación, afectando principalmente el derecho a la identidad del titular, llegando a ser inconstitucional la aplicación restrictiva de la norma civil” (Tesis PUCP, Ramírez, 2018, p.54).

De esta forma, el Código Civil, por medio del artículo 396º obstaculiza, en alguna forma, que un ser humano tenga la filiación que legalmente le corresponde, de ahí que “su inaplicación resulta relevante para dar la solución al conflicto que se suscita entre derechos, estando el derecho a la identidad

del menor por encima del derecho del esposo o la esposa a resguardar su derecho a la intimidad” (Tesis, Ramírez, 2018, p. 68).

En rigor, “la inaplicación de la norma citada, se basa en última instancia, en la dignidad de la persona humana, como valor supremo a partir del cual se desarrolla el ejercicio de los derechos humanos, por ende, en un caso concreto, el juez debe preferir el derecho del menor a conocer a sus padres, dejando de aplicar las normas que se oponen a esa finalidad, lo que supone para ese titular, el acceso al conocimiento de su origen biológico” (Tesis, Ramírez, 2018, p. 68).

En adición, el Decreto Legislativo N° 1377 del año 2018, modifica los artículos 396 y 402, y deroga el artículo 404 del Código Civil referidos a la filiación, con el fin de mejorar la protección del derecho a la identidad del niño en los procesos de filiación.

«Reconocimiento del hijo extramatrimonial de mujer casada

Artículo 396.- El hijo o hija de mujer casada puede ser reconocido por su progenitor cuando la madre haya declarado expresamente que no es de su marido. Este reconocimiento se puede realizar durante la inscripción del nacimiento cuando la madre y el progenitor acuden al registro civil, o con posterioridad a la inscripción realizada solo por la madre, cuando esta haya declarado quién es el progenitor. Procede también cuando el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable.»

«Procedencia de la declaración judicial de paternidad extramatrimonial

Artículo 402.- La paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada:

(...)

6. Cuando se acredite el vínculo parental entre el presunto padre y el hijo o hija a través de la prueba de ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza. El juez desestimarás las

presunciones de los incisos precedentes cuando se hubiera realizado una prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza.»

“PRIMERA.- Derogatoria del artículo 404 del Código Civil.

Derógase el artículo 404 del Código Civil referido a la declaración judicial de paternidad del hijo de mujer casada.”

Según la nueva ley, en el Código Civil se deroga la siguiente norma:

“Artículo 404º.- Declaración judicial de paternidad del hijo de mujer casada.

Si la madre estaba casada en la época de la concepción, solo puede admitirse la acción en caso que el marido hubiera contestado su paternidad y obtenido sentencia favorable.”

Con estas normas, el Código Civil se pone en armonía con el derecho a la identidad del menor protegido por la carta magna, poniendo las herramientas legales para que los jueces resuelvan de manera justa y con certeza los procesos de filiación que se ventilan en los tribunales de modo frecuente. Las normas reformadas amplían las opciones de establecer la identidad del hijo extramatrimonial de acuerdo a su origen biológico, estableciendo la opción de ***la declaración expresa de la madre que confirme al padre biológico***, para lograr la declaración judicial de la paternidad extramatrimonial del menor.

Es evidente que, en la realidad cotidiana existen muchos casos concretos, donde será necesario la aplicación del control difuso, al existir normas civiles sobre filiación que se encuentren en contra de la tutela del derecho a la identidad del menor consagrado en la Carta Magna.

4.2. Comprobación de las Hipótesis.

4.2.1.- Hipótesis General:

La aplicación del control difuso en los procesos de filiación de paternidad garantiza la protección del derecho a la identidad como derecho fundamental.

Debemos tomar en cuenta la realidad nacional en cuanto a los procesos de filiación demandados en el Perú siendo que son miles los casos en los que las mujeres recurren al Poder Judicial para obligar a sus exparejas o padres de sus hijos a reconocerlos y que si bien ha habido cambios importantes en la legislación ello es insuficiente para conseguir justicia de manera célere pues no todos los jueces de nuestro país realizan una interpretación unívoca de las normas en materia de filiación.

Cuando hay un conflicto en la aplicación de las leyes, el juzgador a través del activismo judicial, característica esencial del neoconstitucionalismo, al ser el protagonista principal, lo que va a realizar es en primer lugar una interpretación de las leyes en conflicto o apariencia de conflicto, para luego a partir de dicho análisis, realizar una argumentación adecuada de cuál es su posición respecto al conflicto de normas siendo que debe motivar su resolución o decisión.

Para la doctrina neoconstitucionalista, existe un gran número de derechos que se encuentran reconocidos en la Constitución, siendo uno de ellos el derecho a la identidad, derecho que se encuentra asignado en el numeral 1) del segundo artículo de nuestra Carta Magna, y como tal representa un derecho fundamental de nuestra personalidad. Al hablar del derecho a la identidad este se refiere a la identidad de los hijos menores de edad que son la gran mayoría que reclama ante los tribunales de justicia les sea reconocido un status familiae ya que los padres en su gran mayoría no los reconoce por diversas razones siendo la principal el no querer asumir responsabilidad alguna sobre la crianza, crecimiento y desarrollo de estos.

Hay que recordar que también el artículo 4º de nuestra Carta Magna establece de manera categórica que la comunidad y el Estado protegen entre otros a los niños y adolescentes –así como a la madre y al anciano en estado de

abandono- por lo que al realizar un análisis sistemático de la citada normativa, el Estado regula una especial protección a aquellas personas que han sido abandonados por sus padres especialmente por el padre y que de alguna manera son reivindicados a través de una sentencia en la que se le reconoce una determinada filiación extramatrimonial.

Es así que ante un conflicto de normas el juzgador lo que debe buscar es la protección del más perjudicado en una demanda como es el menor de edad realizando un análisis entre las normas en apariencia de conflicto siendo que en un estado constitucional de derechos lo que debe primar es la Constitución.

Considero que el Juzgador tiene las herramientas necesarias para poder dilucidar de manera clara el conflicto de normas a través de la figura del control difuso que lo que permite al juzgador es analizar las normas que puedan regular un mismo asunto como es la paternidad, por un lado la norma civil que establece un determinado plazo para la demanda de filiación de paternidad extramatrimonial y por otro la Constitución que es el marco general de nuestra legislación que establece que toda persona tiene derecho a una identidad.

La aplicación del control difuso garantiza que el juzgador no pueda dejar de resolver un determinado conflicto pues es su obligación ante dicha situación proporcionar una determinada solución teniendo en cuenta el marco constitucional lo que quiere decir que tiene que apreciar cuál es el espíritu de la Constitución al nombrar como un derecho fundamental al derecho a la identidad y que esta debe estar acorde con las demás normas de desarrollo de la Constitución.

Entonces, apreciamos que la aplicación de control difuso garantiza que el juez evalúe, analice, interprete, argumente y decida sobre cada caso en particular sobre la filiación de paternidad extramatrimonial tomando en cuenta aparte de la Carta Magna la protección que brindan los instrumentos internacionales al niño y adolescentes sobre el derecho a la identidad y que este debe ser repuesto en cierto modo con el reconocimiento de paternidad a nivel judicial lo que va a contribuir de manera general que se le brinde una protección

adecuada a los niños y adolescentes con lo que se prevalece el interés superior del niño.

De otro lado, va a ayudar a fortalecer los lazos familiares entre las familias que han concurrido a un juicio en favor del menor pues va a integrar al menor a un hogar que en principio le fue rechazado pero con el control difuso se garantiza a nivel judicial que el padre cumpla con sus obligaciones no solo patrimoniales sino sobre todo de un entorno adecuado para su desarrollo.

El rol del juzgador es fundamental en el control difuso pues tiene que anteponer a la Constitución ante cualquier otra norma de inferior jerarquía o que no esté acorde con los nuevos paradigmas de los derechos fundamentales.

4.2.2. Hipótesis Específicas:

4.2.2.1. El análisis de la presunción de constitucionalidad de las normas legales realizada por los magistrados contribuye a la protección del derecho a la identidad como derecho fundamental.

Ante un conflicto de normas lo primero que el juez tiene que realizar es si la norma civil -para el presente caso- sobre la filiación de paternidad extramatrimonial es constitucional o no. Es decir, el juzgador analiza cuál fue la formación y la dación de una determinada norma que regula el asunto en debate.

Entonces, al efectuar el análisis de la constitucionalidad de las leyes en conflicto el juzgador va a realizar un trabajo técnico jurídico el cual consiste en la comparación del texto de la norma en análisis como el procedimiento para su formación y promulgación, con los principios, valores y normas establecidas en la Constitución siendo que para el desarrollo de dicha labor se debe realizar a través del ejercicio de interpretación tanto de la ley como de la Constitución.

Esto último se dará en consideración a que nuestra Carta Magna informa todo el ordenamiento jurídico nacional en razón a la supremacía de sus disposiciones por lo que a través de la interpretación de la constitucionalidad de las normas se encuentra el contenido y alcance de lo regulado por estos debiendo apreciar si resisten un análisis de armonía con los principios constitucionales y sobre todo con los derechos fundamentales que irradian nuestra Carta Magna y si ello no fuera así, la lógica consecuencia sería la suspensión de los efectos de lo establecido en la norma de menor jerarquía.

En ese análisis de interpretación de las normas en debate radica su importancia ya que el juzgador va a definir cuáles son los alcances y límites a que se encuentra sujeto el legislador al momento de la dación de una norma así como su irrestricto respeto a la función parlamentaria como órgano de expedición de normas que sean válidas y que estén premunidas de fuerza constitucional.

En ese afán jurisdiccional, el magistrado debe partir de considerar la presunción de constitucionalidad de las normas referidas a la filiación extramatrimonial -como por ejemplo los artículos 361°, 364°, 396° y 404° del Código Civil. El juzgador va a apreciar que tales disposiciones legales que integran el cuerpo normativo del Código Civil promulgado conforme al procedimiento constitucional previsto en el artículo 188° de la Constitución Política del año 1979, mediante Decreto Legislativo 295 de fecha 24 de julio del año 1984; el código citado y sus normas se encuentran en vigencia y son de carácter obligatorio conforme al artículo 109° de la Constitución Política del Perú del año 1993; habiendo cumplido para la dación de la norma con el procedimiento constitucional conforme al artículo 108° manteniendo dicho Código y sus normas, la presunción de validez constitucional en cuanto al procedimiento de producción legislativa.

Entonces, el próximo paso a seguir es averiguar cuál era la finalidad del legislador al regular de manera tajante ciertos requisitos para que por ejemplo no se puede impugnar la paternidad fuera del plazo de los 90 días establecidos siendo que ubicará que el espíritu de la norma era que con un

plazo determinado los justiciables no se vieran con un camino muy fácil de demandar asuntos de paternidad, de sobrecargar de manera innecesaria a los juzgadores y la de proteger a la familia.

Vemos entonces que la doctrina constitucional ha establecido varios principios y métodos que permiten a los jueces interpretar de manera adecuada las normas siendo lo ideal y lo óptimo que el análisis se realice de manera integral pues ello permitirá contrastar distintos enfoques surgidos desde diversas perspectivas que obtenga como resultado una comprensión lógica y racional de la normativa analizada pues la norma jurídica constitucional es de naturaleza especial ya que de ella depende la validez de las demás normas.

Siendo ello así, el juzgador al realizar la interpretación de las normas va a ubicar que estas fueron dadas en un contexto determinado, bajo una ideología política con criterios de organización y estructura social.

En conclusión, el análisis de constitucionalidad de las normas legales realizada por los magistrados va a contribuir de manera significativa en la tarea de la protección del derecho de los justiciables al momento de plantear sus demandas sobre filiación de paternidad extramatrimonial pues lo que se busca es no perjudicar a los vulnerables en estas situaciones como son los niños y niñas quienes buscan que les sea reconocido un derecho primordial, esencial, fundamental para su desarrollo en todos los ámbitos de su vida como es el derecho a su identidad.

4.2.2.2. El juicio de relevancia de la norma legal aplicable al caso concreto realizada por los magistrados favorece de manera significativa en la protección del derecho a la identidad como derecho fundamental.

Las normas sobre el tema de la filiación de paternidad extramatrimonial se sustentan en su presunción de constitucionalidad por lo que es menester analizar la relevancia de las citadas normas. Específicamente lo que es materia de control difuso es si un plazo establecido en la norma civil -sobre

impugnación de paternidad- vulnera o no algún derecho fundamental establecido en las normas infralegales así como en la Constitución.

De hecho que analizar las normas del Código Civil al caso en concreto como es la filiación extramatrimonial es de gran relevancia pues a través de su análisis vamos a poder buscar si ellas se condicen con el espíritu de la Constitución cual es la protección del menor como garantía de la aplicación y ejecución del interés superior del niño.

Cuando las normas especifican plazos para la interposición de una demanda de filiación y/o la declaración judicial de paternidad de hijo de mujer casada lo que en realidad realiza es un control de plazos de operatividad de las demandas y los requisitos que debe contar el demandante o la parte accionante siendo que al momento de activar el aparato judicial este no se puede detener hasta que emita una determinada sentencia.

En esa línea, el juzgador va a tener que analizar e interpretar cuál es la relevancia de las normas bajo análisis pues en circunstancias normales se tiene que por ejemplo el hijo nacido dentro de la figura del matrimonio se tiene como padre al marido pero qué es lo que pasaría si en realidad ese hijo no es producto de las relaciones internas del matrimonio sino un desliz de la madre. En ese sentido, si es que el padre biológico no acciona en un determinado plazo quiere decir que no podrá reconocer a su hijo?. Por ello, es muy importante realizar el juicio de relevancia de la norma aplicable al caso a fin de balancear si ello es correcto, si ello en realidad protege a la familia y sobre todo al menor de edad que viene a ser el más indefenso.

El juzgador se preguntará si es relevante o no la aplicación de una determinada norma, si esta colinda con lo establecido en la Constitución y con los valores que deben primar en un estado constitucional de derecho.

Es por ello, que no solo se trata de establecer que en todo caso se debe aplicar la ley sino que esta debe estar acorde con la Constitución, pues la Constitución es la norma de mayor jerarquía siendo que las demás normas

son normas de desarrollo pero que deben tomar en cuenta el espíritu de cada institución regulada por la Constitución sobre todo cuando están en debate temas tan sensibles como el interés superior del niño, el derecho a tener una familia, el derecho a tener una identidad.

En conclusión, el juicio de relevancia es una tarea que debe ser realizada por los jueces tomando en cuenta que esta ayudará a la protección de la identidad de los menores.

4.2.2.3. La labor interpretativa de compatibilidad de la norma legal con la norma constitucional realizada por los magistrados coadyuva a la protección del derecho a la identidad como derecho fundamental.

En la ardua tarea del juzgador de buscar compatibilizar la norma legal con la norma constitucional lo que se requiere es que éste más que buscar una verdad o voluntad en el legislador debe buscar asignar un determinado sentido a la norma, debe entender la norma tal y como se desprende de su lectura para luego conectarla con las demás normas de nuestra legislación a fin de evitar que se incurra en contradicciones. Debe analizar la norma de manera histórica a efectos de poder entender cuál fue la voluntad del legislador en su momento con la de ahora. Debe averiguar cuáles son los fines que persigue la norma lo cual conlleva a apreciar en concluir con una decisión valorativa, la misma que debe estar acorde con las demás normas de nuestra legislación sobre la materia.

La labor de interpretación de las leyes se debe realizar desde dos ópticas: interpretación desde la Constitución y la interpretación de la Constitución. En el primer caso, debemos señalar que nuestra Carta Magna determina que todo el ordenamiento jurídico debe mantener conformidad con los preceptos constitucionales. Y en el segundo caso, el objeto de la interpretación de la Constitución es hallar un sentido a las normas constitucionales, sus vínculos, sus concordancias, ejercicio que constituye de vital importancia en el análisis de la constitucionalidad de las leyes, pues, para ello es preciso conocer de manera profunda nuestra normativa constitucional para poder superar a través

de la interpretación los vacíos, las lagunas, las contradicciones que pudieran existir en ella.

Apreciamos que el ejercicio de la interpretación constitucional, constituye, de manera significativa una herramienta fundamental en el control de la constitucionalidad de las leyes.

En la regulación de la paternidad extramatrimonial contenida en el Código Civil peruano el legislador consideró que tales restricciones persiguen la finalidad de proteger y consolidar un estado de familia en aras de la estabilidad; significando ello que el legislador del siglo XX, optó por lo que consideró que es la consolidación y estabilidad del estado de familia, previendo que la posibilidad de ejercitar la acción de estado para obtener la extinción de la paternidad matrimonial o extramatrimonial, esté sujeta a las mismas, siendo que tales medidas legislativas tienen en principio compatibilidad en abstracto con la norma constitucional que protege la institución jurídica de la familia, tutela que encuentra fundamento en el derecho internacional de los derechos humanos, específicamente en el artículo 17.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos que prescribe que: “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado”.

Sin embargo, por un determinado plazo tampoco se puede restringir el derecho de toda persona de saber quiénes son sus verdaderos padres y poder tener una determinada filiación por lo que estas normas civiles se encuentran en colisión con el derecho fundamental a la identidad, como el derecho a ser integrado jurídicamente a su familia biológica; produciendo las normas acotadas en este caso particular, un conflicto con los derechos fundamentales protegidos en el artículo 4° de la Constitución Política, como es el derecho a la familia, el reconocimiento constitucional de la familia como institutos naturales y fundamentales de la sociedad que a decir de algunos autores: “el primer deber constitucional que dimana del artículo 4 para los poderes públicos es el de proteger jurídicamente a la familia constitucional”, constituyendo la familia elemento natural y fundamental de la sociedad gozando de especial protección social y estatal.

Si bien las normas civiles de filiación de paternidad son constitucionales, ello no descarta que las mismas normas en concreto por las particularidades y circunstancias anotadas presenten incompatibilidad con los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente siendo que si bien ante esta situación de conflicto de las normas involucradas maximizan la protección del instituto jurídico de la familia, como pertenencia de un menor a dicho núcleo, colisionarían con el derecho a la identidad del menor y a ser integrado a su familia biológica; en ese sentido, correspondería acudir a la técnica de ponderación de derechos a través del test de proporcionalidad, como canon argumentativo que sirve para solucionar conflictos de derechos, siendo que después del análisis correspondiente y tal como se ha analizado, prima el derecho a la identidad del menor.

De esta manera, al realizar una labor interpretativa de la norma legal con la constitucional, coadyuva a un mejor criterio de análisis de los derechos en colisión y coadyuva a una mejor protección por ende del derecho a la identidad como núcleo de integración a una familia.

4.2.2.4. La declaración de inaplicabilidad de la norma legal al caso concreto realizada por los magistrados beneficia de manera significativa en la protección del derecho a la identidad como derecho fundamental.

Es preciso manifestar que sobre la impugnación de paternidad matrimonial de un menor esta se encuentra vinculada a derechos e intereses conexos al principio del interés superior del niño, principio que tiene sustento no solo en nuestra Carta Magna en su artículo 4° que preceptúa una protección especial al mismo, sino también se encuentra reconocida como una guía hermenéutica que tiene como función orientar las decisiones judiciales en todos los casos en que se encuentre en debate, los derechos e intereses de un menor de edad, así el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes establece que en toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de sus diversos poderes, como

el Judicial y demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, “se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos”; el artículo X del mismo código contempla que el Estado garantiza un sistema de administración de justicia especializada para los menores de edad, y que los procesos sujetos a resolución judicial en los que se encuentren involucrados dichos adolescentes, sean tratados como problemas humanos.

En esa línea podemos señalar que nuestra Carta Magna en su artículo 4° así como los instrumentos internacionales anotados, también protegen el derecho a la familia; el artículo 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece la protección de la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad, debiendo ser protegida por la sociedad y el Estado, y reconocen el derecho de las personas humanas de fundar una familia; en la misma línea lo tiene establecido el artículo 23.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el artículo 25° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, establece el derecho de toda persona al nivel adecuado de vida que le asegure a ella y a su familia la salud y el bienestar; el artículo 10.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece la obligación del Estado de brindar a la familia la más amplia protección y asistencia posible para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y educación de los hijos a su cargo.

En dicho sendero se encuentra el derecho fundamental a la identidad de los menores, el derecho a ser inscritos inmediatamente después de su nacimiento, el derecho a un nombre y en la medida de lo posible de conocer a sus padres y estar a su cuidado. Recordemos que la Convención sobre los derechos del niño establece asimismo el compromiso que deben tener todos los Estados parte de respetar el derecho del menor a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, nombre y relaciones familiares así como prestar asistencia y protección apropiadas con miras a reestablecer rápidamente la identidad cuando el menor es privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad. En la Declaración de los derechos del niño, también se contempla el derecho de los menores de edad, al pleno y

armonioso desarrollo de su personalidad, y que siempre que sea posible deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres.

Tenemos entonces tres premisas: protección especial al interés superior del niño, protección especial a la familia y que del examen de las normas denunciadas se tiene presente, que en este caso específico no es un caso de infracción a una norma legal, sino de trasgresión de derechos y principios constitucionales, por lo que, de determinarse la incompatibilidad constitucional de los dispositivos normativos, se procederá a la inaplicación de las normas legales.

En ese sentido, la declaración de inaplicabilidad de la norma legal al caso concreto realizada por los magistrados de hecho que beneficia a la adecuada y sistemática protección del derecho a la identidad como derecho fundamental.

4.3. Beneficios que aporta.

El sistema constitucional de filiación que considera los artículos 1, 2, 4 y 6 de la Constitución Política establece que toda “persona tiene derecho a investigar libremente y con la mayor amplitud de pruebas para conocer la identidad de sus padres biológicos, por ende, una vez determinada la paternidad o la maternidad, toda persona tiene derecho a preservar la identidad de sus relaciones familiares. Así, la norma suprema pone en evidencia un expreso reconocimiento del derecho a la identidad filiatoria y a una verdadera concepción de familia” (RENIEC, 2010, p. 496).

El sistema constitucional nacional concuerda con el sistema legislativo internacional. “La Convención sobre los Derechos del Niño aprobado en 1989 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, es la primera norma en materia de derechos humanos que reconoce específicamente a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos, siendo el Estado, la Sociedad Civil y la Familia los responsables de garantizar el cumplimiento integral de los derechos establecidos en dicho cuerpo legal” (Tesis, Ramírez, 2018, p. 70).

La Convención contiene normas orientadas y encaminadas a la protección y cuidados necesarios de los niños. Así, el artículo 3° de la Convención, determina que “en todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a la que se atenderá, será el interés superior del niño”.

El artículo 7° de la Convención sobre los Derechos del Niño, aborda el derecho a la identidad, al señalar que: “éste será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”. Quiere decir, el derecho a una identidad plasmado en un certificado de nacimiento, siempre teniendo como base el principio del interés superior del niño.

El artículo 8° de la Convención sobre los Derechos del Niño, señala que “se debe respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares y que cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Parte deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad”.

En efecto, toda persona, en su calidad de hijo, tiene derecho a investigar libremente y con la mayor amplitud de pruebas quiénes son o fueron sus padres biológicos, para establecer su identidad filiatoria. Desde el enfoque estático, la identidad filiatoria está constituida por el dato biológico: la procreación del hijo (artículo 7 de la Convención). Desde el enfoque dinámico, la identidad filiatoria presupone el arraigo de vínculos paterno-filiales asumidos y recíprocamente aceptados por padres e hijos en el contexto de las relaciones familiares (artículo 8 de la Convención).

De igual modo, el Código de los Niños y Adolescentes y el Código Civil reformado, otorga un ligero proteccionismo del derecho a la identidad del menor, al añadir el elemento de la ***declaración expresa de la madre sobre el padre biológico sin importar la negación del marido*** para lograr el reconocimiento de su paternidad, esto es compatible con la norma suprema nacional y la norma supranacional, que se enfocan hacia un sistema de protección integral de la niñez y adolescencia.

Partiendo del marco del sistema constitucional de filiación, resulta evidente que la controversia sobre la investigación de paternidad de un hijo extramatrimonial, requiere buscar una solución que pondere razonable y adecuadamente la presunción de paternidad matrimonial y la evidencia biológica de la paternidad extramatrimonial, en la que se revele como consideración primordial el interés superior del hijo, aplicando las disposiciones legislativas del régimen legal de filiación, que terminan siendo normas que protegen al ser humano para que acceda a conocer su origen biológico y logre ser legalmente hijo de quien biológicamente lo es.

En síntesis, el principio del interés superior del niño contenido en la Convención sobre los Derechos del Niño, se refleja con más énfasis en los procesos de filiación, en los que se persigue la tutela del derecho a la identidad, a que el hijo extramatrimonial pueda conocer su origen biológico, para vivir con dignidad siendo parte de su verdadera familia en el marco de una sociedad moderna y justa.

CONCLUSIONES.

PRIMERA: El neoconstitucionalismo no se trata de una tendencia aislada, no es simplemente una posición solitaria en la interpretación del Derecho, más bien se trata de una comunidad de ideas. Tomando en cuenta el principio de progresividad, esta corriente debe inclusive mejorar sus contenidos, haciéndolos inclusive más garantistas, reformando sus bases mismas para la consecución de la defensa plena de los derechos fundamentales. Así, el neoconstitucionalismo tiene como esencia de la fortaleza argumentativa a la ponderación de intereses, pues por medio de ella, se infieren soluciones a los problemas concretos, reconociéndose el valor de derecho fundamental de cada principio en pugna.

SEGUNDA: La Constitución en sentido estricto se define como un conjunto de normas jurídicas de competencia suprema en un Estado. Decimos que es conjunto porque las normas de la Constitución no están aisladas, sino integradas a un sistema en forma de estructura: se trata del sistema constitucional. La función del Derecho constitucional como sistema es la de articular la unidad del ordenamiento jurídico a fin de posibilitar la organización política del Estado y su recreación.

TERCERA: La supremacía constitucional es la técnica de atribuir a la Constitución el valor normativo superior, inmune a las leyes ordinarias y más bien determinantes de la validez de estas, valor superior judicialmente tutelado. En esta línea, el control de la constitucionalidad de las leyes es la consecuencia lógica de la supremacía constitucional de un Estado, por ende, el carácter de suprema ley que se asigna a la Constitución escrita es que las leyes ordinarias, hechas por el legislador ordinario, deben respetar la Constitución, no solo en su letra, sino también en espíritu, es decir, en sus principios.

CUARTA: Los derechos fundamentales constituyen valores o principios y así son elementos principales del neoconstitucionalismo. Esto está ligado al control constitucional difuso, puesto que la calificación de los derechos

fundamentales como valores, va a requerir al momento de su concreción o aplicación al caso concreto, dejar de lado el método de subsunción, clásico del esquema legalista, y en cambio optar por el método de ponderación, que sirve para solucionar casos en que entran en conflicto dos derechos o más precisamente, dos principios.

QUINTA: El control constitucional difuso se concibe como aquel que se lleva a cabo en un juicio en el que uno de los litigantes fundamenta su pretensión procesal en una ley que se reputa inconstitucional, por lo que, aparece como una mera defensa alegada por el justiciable en un proceso judicial cualquiera; empero, el juez de oficio tiene la obligación de declarar la inaplicabilidad de la ley cuando esta es contraria a la Constitución.

SEXTA: “La presunción de constitucionalidad de la norma es un principio de conservación del derecho, el cual es asimilado en el derecho constitucional y revalorizado en tanto pasa a ser catalogado de conservación de la Constitución, esto implica primordialmente desarrollar la fuerza normativa de todos y cada uno de los contenidos incluidos en ella. Para que no se desvirtue la operatividad del principio de conservación del derecho, se necesita que también queden protegidos los contenidos de las demás normas que componen el sistema, toda vez que mantenerlas vigentes se convierte en una herramienta adecuada para asegurar la certeza del derecho” (Revista jurídica Poder Judicial del estado de Nayarit, 2008).

SETIMA: El juicio de relevancia de una norma implica que una disposición normativa es aplicable para la resolución de un caso concreto. Por ende, es necesario explicar y fundamentar en qué modo la solución del asunto planteado depende de la validez de una norma cuestionable. De modo que, se debe especificar y justificar no sólo la aplicabilidad de la norma legal cuya constitucionalidad dude al caso concreto que debe decidir, sino también la dependencia del fallo que haya de dictar de la validez o invalidez de dicha norma legal. Solamente así, se puede impedir que la aplicación judicial de una norma con rango de ley produzca resoluciones judiciales contrarias a la Carta Magna. Esto supone que la inconstitucionalidad presunta de una norma tiene

una influencia decisiva en la resolución del litigio, lo que comporta que el órgano jurisdiccional razone la incidencia que la constitucionalidad de la norma tiene sobre aquélla.

OCTAVA: La ponderación en la labor interpretativa, como método de resolución de controversias en sede constitucional, presupone una colisión entre derechos fundamentales. Así, los ordenamientos jurídicos no están compuestos exclusivamente por reglas, por lo que la única manera de aplicar el derecho no es la subsunción. La posición interpretativa de la ponderación implica asumir un camino menos certero que la subsunción. Mientras que ésta en el caso de las reglas, implica subsumir las condiciones fácticas de un problema determinado dentro del supuesto normativo correspondiente, la ponderación expresa la idea de seguir el camino de prevalencia de los principios expresados en el problema de colisión que identifica el intérprete.

NOVENA: La declaración de inaplicabilidad de la norma legal al caso concreto, parte del hecho de que una norma concreta vulnera un determinado precepto constitucional, encontrando el fundamento de esa inconstitucionalidad en una específica interpretación de la norma cuestionada con el precepto constitucional que no debe ser vulnerado.

DECIMA: En la jurisprudencia peruana reciente se puede apreciar algunas resoluciones que aplican el control difuso en proceso de filiación con el fin de tutelar el derecho fundamental a la identidad de los menores. Entre ellos, tenemos: la Consulta N° 7521-2014- Lima Sur, emitido el 25 de agosto de 2015; la Casación Exp. 864-2014- Ica, emitido el 1 de septiembre de 2014; y, la Consulta Exp. 3873-2014- San Martín, emitido, el 17 de marzo del 2015.

DECIMO PRIMERA: El Decreto Legislativo N° 1377, publicado el 24 de agosto del 2018, reforma algunas normas sobre filiación del Código Civil, con el fin de salvaguardar el derecho a la identidad del niño en los procesos de filiación. En esta reforma legislativa, es claro que se toma en cuenta el avance de la constitucionalidad del derecho (Neoconstitucionalismo), y los avances científicos y tecnológicos relativos a la prueba genética del ADN, para probar

la filiación paternal y maternal, por ello se han dado soluciones al problema de la paternidad de los hijos concebidos con mujer casada y su reconocimiento por un tercero, modificando las reglas de los artículos 361, 362, 396 y 402, y derogando el artículo 404 del Código Civil, incorporando así el elemento de ***la declaración expresa de la madre sobre el padre biológico sin importar la negación del marido***, para tener una mayor posibilidad de poder impugnar y/o declarar la paternidad de un hijo supuestamente extramatrimonial habido en una relación matrimonial.

RECOMENDACIONES.

- Se recomienda al Poder Judicial difundir el Decreto Legislativo N° 1377, publicado el 24 de agosto del 2018, que reforma algunas normas sobre filiación del Código Civil, con la finalidad de proteger el derecho a la identidad del niño en los procesos de filiación, y tomar en cuenta la constitucionalización del derecho.
- Se recomienda reforzar la capacitación a los jueces sobre la aplicación del Decreto Legislativo N° 1377, publicado el 24 de agosto del 2018, que reforma algunas normas sobre filiación del Código Civil, con la finalidad de proteger el derecho a la identidad del niño en los procesos de filiación, y tomar en cuenta la constitucionalización del derecho.
- Se recomienda que las autoridades pertinentes revisen los programas de capacitación a los jueces, para asegurar una mejor interpretación y aplicación de las disposiciones del Decreto Legislativo N° 1377, tomando en cuenta los contenidos de los módulos y no solo los fundamentos teóricos sino también las herramientas procesales, que se aplican en los procesos de filiación, buscando la armonía de la norma civil con la Constitución Política, y de ser necesario, la aplicación del control difuso para proteger el derecho a la identidad biológica de los niños y adolescentes.
- Se recomienda a las Universidades públicas y privadas promover la difusión del Decreto Legislativo N° 1377, publicado el 24 de agosto del 2018, que reforma los artículos 361, 362, 396 y 402, y deroga el artículo 404 del Código Civil referidos a la filiación, con la finalidad de proteger el derecho a la identidad del niño en los procesos sobre la materia, y tomar en cuenta la constitucionalización del derecho.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Libros:

- Alexy, R. (1988). *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*. Doxa N° 5.
- Alexy, R. (2001). *Una defensa de la fórmula de Radbruch*. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Coruña. España.
- Alexy, R. (2003). *Los derechos fundamentales en el estado constitucional democrático*. En: Carbonell, Miguel (Ed.). Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Trotta.
- Alexy, R. (2008). *Teoría de los derechos fundamentales*. 2ª edición. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Alexy, R. (2009). *Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad*. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, núm. 11, enero-junio.
- Aragón, M. (2002). *Constitución, democracia y control*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas- UNAM.
- Asis De Roig, R. (1995). *Jueces y Normas. La Decisión Judicial desde el Ordenamiento*. Madrid: Marcial Pons.
- Atienza, M. (2004). *Las Razones del Derecho*. 2ª edición. Lima: Palestra.
- Atienza, M. (2005). Los límites de la interpretación constitucional. En: Ferrer Mac-Gregor, E. (Coord.). *Interpretación constitucional*. Tomo I. México: Editorial Porrúa.
- Atienza, M. (2008). *Ideas para una filosofía del derecho. Una propuesta para el mundo latino*. Lima: Fondo Editorial UIGV.
- Atienza, M. y Ruiz, J. (1991). *Sobre principios y reglas*. DOXA 10.
- Atienza, M. y García Amado, J. A. (2016). *A vueltas con la ponderación*. Lima-Bogotá: Palestra- Temis.
- Azpiri, J. (2014). *Juicio de filiación y patria potestad*. 3ª edición. Buenos Aires: Hammurabi.

- Azpiri, J. (2016). *Derecho de familia*. 2ª edición. Buenos Aires: Editorial Hammurabi.
- Bernal, C. (2003). *El Principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3ª Edición. Madrid: Centro de Estudios Políticos constitucionales.
- Bernal, C. (2005). La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales, en: Cáceres, E.; Flores, I.; Saldaña, J. y Villanueva, E. (coord.). *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*. México: UNAM.
- Bernal, C. (2006). *El neoconstitucionalismo a debate*, en: Temas de Derecho Público N° 76, Universidad Externado de Colombia. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita.
- Bernal, C. (2009). *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho. Escritos de derecho constitucional y filosofía del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Blancas, C.; Landa Arroyo, C.; Rubio Correa, M. (1994). *Derecho Constitucional General*, Tomo I. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Blanco, R. (2006). *El valor de la Constitución*. 2ª edición. Madrid: Editorial Alianza.
- Blume, E. (1996). *El Control de la Constitucionalidad*. Lima: Editores Reunidos.
- Bobbio, N. (1998). *Teoría General del Derecho*. Madrid: Debate.
- Bóckenförde, E.-W. (1993). *Escritos sobre derechos fundamentales*. Trad. de Requejo y Villaverde. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft.
- Borda, G. (2008). *Tratado de Derecho Civil. Familia*. 10ª edición, Tomo II. Buenos Aires: La Ley.
- Bossert, G. y Zannoni, E. (1981). *Hijos legítimos*. Buenos Aires: Astrea.
- Bossert, G. y Zannoni, E. (1987). *Régimen legal de la filiación de la patria potestad*. 2ª reimpresión. Buenos Aires: Astrea.
- Bueno, E. F. (1996). *La investigación de la filiación y las pruebas biológicas*. 2ª edición. Santa Fe de Bogotá: Ediciones Gustavo Ibáñez.

- Caballero, J. L. (2000) "Los órganos constitucionales autónomos: más allá de la división de poderes", En: *Jurídica Anuario del Departamento de derecho de la Universidad Iberoamericana* N° 30, México.
- Carbonnier, J. (1961). *Derecho Civil*. Barcelona: Bosch.
- Carbonell, M. (editor) (2007). *Teoría del neoconstitucionalismo*. Ensayos escogidos. Madrid: Trotta.
- Carbonell, M. (editor) (2009). *Neoconstitucionalismo(s)*. 4ª edición. Madrid: Trotta.
- Castillo, L. (2006). *Comentarios al Código Procesal Constitucional*. Tomo I: Título Preliminar y Disposiciones Generales. 2ª edición. Lima: Palestra.
- Cicu, A. (1930). *La Filiación*. 1ª edición. Madrid: Revista de Derecho Privado.
- Código Civil comentado, Gaceta Jurídica, Tomo III, Derecho de Familia, 2da. Parte, recuperado de: <https://es.slideshare.net/oscarvielich/codigo-civil-comentadoderechodefamiliasegundapartetomoi>
- Comanducci, P. (1998). *Principios jurídicos e indeterminación del derecho*. DOXA, 21-II.
- Comanducci, P. (2005). *Conferencia "Constitucionalización y Teoría del derecho"*, discurso de incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Anales, Tomo XLIV, Año Académico, Córdoba.
- Comanducci, P. (2009). *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Cornejo, H. (1991). *Derecho familiar peruano*. 8ª edición, T. II. Lima: Librería Studium.
- Da Costa, J. (1986). *Filiação*. Portugal: Coimbra.
- Diniz, M. E. (2002). *Curso de Derecho civil brasileiro*. Vol. 5. 17ª edición. Sao Paulo: Saraiva.
- Dworkin, R. (2012). *Los derechos en serio*. Barcelona: Editorial Ariel.
- Eguiguren, F. (2003). "La jurisdicción constitucional en el Perú: características, problemas y propuestas para su reforma." En: *La Constitución y su*

defensa: algunos problemas contemporáneos. Lima: Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Lima.

Famá, M. V. (2009). *La filiación. Régimen constitucional, civil y procesal*. Buenos Aires: Abeledo- Perrot.

Fassi, S. y Petriella, D. (1960). *Código Civil italiano*. Buenos Aires: Asociación Dante Alighieri.

Fernández Segado, F. (1999). *La jurisdicción constitucional en España*. N° 55, Temas de derecho público. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales.

Fernández Sessarego, C. (1992). *Derecho a la identidad personal*. Buenos Aires: Editorial Astrea.

Ferrando, G. (2005). *Manuale di diritto di famiglia*. 1ª edizione. Roma: Edicion Laterza.

Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón*. Teoría del garantismo penal. Madrid: Trotta.

Ferrajoli, L. (2003). *Pasado y futuro del Estado de Derecho*, en: Carbonell, M. Neoconstitucionalismos. Madrid: Trotta.

Figueroa, E. (2010a). *Dimensiones del Estado neo constitucional*. Lima. En: Gaceta Constitucional N° 30, Junio. Lima.

Figueroa, E. (2010b). *¿Rompiendo la congruencia procesal? Apuntes acerca del principio de elasticidad en sede constitucional*, en: Gaceta Constitucional N° 28, Abril. Lima.

Figueroa, E (2010c), *Neoconstitucionalismo e interpretación constitucional ¿hacia nuevos horizontes en el derecho?*. Recuperado de: <https://edwinfigueroag.wordpress.com/9-neoconstitucionalismo-e-interpretacion-constitucional/>

Figueroa, E (2010d), *Razonamiento lógico-jurídicamente ¿un problema de construcción?*, Recuperado de: <https://edwinfigueroag.wordpress.com/2010/07/>

Fioravanti, M. (2000). *Los derechos fundamentales. Apuntes de la teoría de las Constituciones*. Madrid: Trotta.

- García De Enterría, E. (1984). *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Editorial Civitas.
- García Figueroa, A. (2009). *Criaturas de la Moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*. Madrid: Trotta.
- García Pelayo, M. (1985). *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. 2ª edición. Madrid: Alianza editorial.
- Gomez, O. (2001). *Direito de familia*. 14ª edición. Rio de Janeiro: Forense.
- González, A. M. (2009). *Ficción e Identidad: Ensayos de cultura postmoderna*. Madrid: Rialp.
- Grandez, P. (2010). *Tribunal Constitucional y Argumentación Jurídica*. Lima: Palestra Editores.
- Guastini, R. (2003). “*La constitucionalización del ordenamiento jurídico. El caso italiano*”. En: Carbonell, M. (editor). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta.
- Guastini, R. (1999). *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho*. Barcelona: Gedisa.
- Guastini, R. (2001). *Estudios de teoría constitucional*. México: Fontamara.
- Hart, H. (1994). Una mirada inglesa a la teoría del derecho americano: la pesadilla y el noble sueño, en: AA.VV. *El ámbito de lo jurídico*. Barcelona: Crítica.
- Hart, H. (1963). *El concepto del Derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Hesse, K. (1962). *Escritos de Derecho Constitucional*. Trad. de Pedro Cruz Villalón. 2ª Edición. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Kelsen, H. (1994). “*La garantía jurisdiccional de la Constitución. La justicia constitucional*”. En: *Ius et Veritas*, N° 9, Lima, Editorial USMP.
- Krasnow, A. N. (2005). *Filiación. Determinación de la maternidad y paternidad, acciones de filiación, procreación asistida*. Buenos Aires: La Ley.
- La Ley, portal de Gaceta Jurídica. Recuperado de: <https://laley.pe/art/4458/corte-suprema>

- Legis. Recuperado de: <https://legis.pe/decreto-legislativo-1377-modifican-presuncion-paternidad-permiten-reconocimiento-hijo-extramatrimonial-mujer-casada/>
- Landa, C. (2007). *Los precedentes constitucionales. Justicia Constitucional*. Lima: Revista de jurisprudencia y doctrina. Año III. N° 5, enero- junio.
- Landa, C. (2010). *Autonomía procesal del Tribunal Constitucional: la experiencia del Perú*. En: Ipso Jure N° 9, mayo. Lima.
- Lloveras, N. y Orlandini, O. (2007). “*El derecho del niño a la identidad filiatoria su reafirmación por la Corte Suprema del Perú*”. En: Jus jurisprudencia. Lima, N° 6, noviembre. Lima.
- Madaleno, R. (2011). *Curso de Direito de família*. 4ª edición, Rio de Janeiro: Forense.
- Matheus, C. (2008). *Conferencias Razonamiento Jurídico*. Lima: AMAG.
- Méndez, M. J. (1986). *La filiación*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- Méndez, M. J. (1996). *Derecho de Familia*. Tomo III. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.
- Méndez, M. J. y D’Antonio, D. H. (2001). *Derecho de familia*. T. II y III. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.
- Monge, L. (2007). “*Prohibición de negar al hijo por nacer*”, En: Código Civil comentado. T. II, 2ª edición. Lima: Gaceta Jurídica.
- Morán De Vicenzi, C. (2004). *El concepto de filiación en la fecundación artificial*. Lima: ARA Editores.
- Nino, C. S. (1991). “*Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad*” en VV. AA., *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*. Madrid: CEC.
- Pareja, J. (2005). *Historia de las Constituciones nacionales*. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Peces-Barba, G. (1999). *Curso de derechos fundamentales*. Teoría General. Boletín Oficial del Estado. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid.

- Pérez, J. (1998). *Curso de Derecho Constitucional*. 5ª Edición. Madrid: Marcial Pons.
- Plácido, Á. (2003). Filiación y patria potestad en la doctrina y en la jurisprudencia. Lima: Gaceta Jurídica.
- Planiol, M. y Rippert, G. (1927-1945). *Tratado práctico de derecho civil francés*, Tomo II. La Habana: Edit. Cultural.
- Pozzolo, S. (2011). Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico. Lima: Palestra editores.
- Pozzolo, S. (2013). *Metacrítica al neoconstitucionalismo. Una respuesta a los críticos de “Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico”*, en: *¿Existe el neoconstitucionalismo?, razones, debates y argumentos*. Lima: Jurista Editores
- Pozzolo, S. (2018). Neoconstitucionalismo, derecho y derechos. Lima: Palestra editores.
- Prieto, L. (2001). *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, en: Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, N° 5.
- Prieto, L. (2002). *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Lima: Palestra Editores.
- Prieto, L. (2009). *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. 2ª edición. Madrid: Editorial Trotta.
- Prieto, L. (2013). *El constitucionalismo de los derechos: Ensayos de filosofía jurídica*. Madrid: Trotta.
- Puig, F. (1972). *Tratado de derecho civil español*, tomo 2, volumen 2: Paternidad y Filiación. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- Quiroga Lavie, H. (1985). *Curso de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Editorial Depalma.
- Quiroga León, A. (2003). *“La recepción española de la judicial review americana: la cuestión de inconstitucionalidad”*, en: La Constitución y su defensa (Algunos problemas contemporáneos). Ponencias del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. pp. 246- 252. Lima: Grijley.

- Ramírez, R. (2018). Tesis: *La intangibilidad del derecho a la identidad. Dos caras de una moneda: impugnación de paternidad y declaración de paternidad en el hijo nacido de mujer casada*. Lima: PUCP.
- Real Academia Española. (2018). *Diccionario de la Lengua Española*. 22ª edición. www.rae.es [Consulta: 10 de agosto del 2018].
- Reinaldo, J. (2013). *Teoría Constitucional*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Remotti, J. C. y Freixes Sanjuán, T. (1992). *Los valores y principios en la interpretación constitucional*. Revista española de derecho constitucional, Año N° 12, N° 35.
- Rojas, W. R. (2011). *Comentarios al Código de los Niños y Adolescentes y Derecho de Familia*. Lima: Fecat.
- Rubio, M. (1999). *Estudio de la Constitución Política de 1993*. 6 tomos, Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Sachica, L. C. (1988). *El control constitucional y sus mecanismos*. 3ª edición. Bogotá: Editorial Temis.
- Santiago, A. y Álvarez, F. (2000). “*Los modelos institucionales de la Corte Suprema*”. En: *Función Política de la Corte Suprema*. Buenos Aires: Abaco.
- Schmitt, K. (2001). *Legalidad y legitimidad*, en: Orestes Aguilar, H. (comp.). *Karl Schmitt, teólogo de la política*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Sobrevilla, D. (1973). “*La influencia de Kelsen en el Perú. Una revisión crítica*”. Lima, Editorial PUCP, N° 31.
- Soto, M. Á. (1990). *Biogenética, filiación y delito*. Buenos Aires: Astrea.
- Tarapués, D. (2008). *La naturaleza institucional del tribunal constitucional en América del Sur*. Cali: Universidad Santiago de Cali.
- Trejos, G. A. (2005). *Derecho de familia costarricense*. Tomo II. 1ª edición reimpresión. San José, Costa Rica: Editorial Juricentro.
- Varsi, E. (1999). *Filiación, Derecho y genética. Aproximaciones a la teoría de la filiación biológica*. Lima: Universidad de Lima y Fondo de Cultura Económica.

- Varsi, E. (2010). *El Moderno tratamiento legal de la filiación extramatrimonial*. 2ª edición. Lima: Jurista editores.
- Varsi, E. (2013). *Tratado de derecho de Familia, Derecho de la filiación*. Tomo IV. Lima: Gaceta Jurídica.
- Varsi, E. y Severino, P. (2003). *Determinación de la paternidad matrimonial*, En: Código Civil Comentado, Tomo II. Derecho de familia. Lima: Gaceta Jurídica.
- Venosa, S. de S. (2002). *Direito civil*. Vol. 6. 2ª edición. Sao Paulo: Atlas.
- Verdera, R. (1993). *Determinación y acreditación de la filiación*. Barcelona: Bosch.
- Zagrebelsky, G. (1995). *El Derecho dúctil*. Madrid: Trotta.
- Zagrebelsky, G. (2008). *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política*. Madrid: Trotta.
- Zannoni, E. (1997). *“Identidad personal y pruebas biológicas”*, en: Revista de Derecho privado y comunitario. N° 13. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- Zannoni, E. (1998). *Derecho de Familia*. Tomo II, 3ª edición. Buenos Aires: Astrea.
- Zannoni, E. (2000). *Adopción plena y derecho a la identidad personal*, en: Kemelmajer de Carlucci, A. (2000). *El derecho de familia y los nuevos paradigmas*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.
- Zicarelli, F. (1990). *La prueba en la acción de investigación de paternidad*”, en: Revista mexicana de Derecho Penal. N° 3. México, mayo-junio.

Libros de Metodología:

- Bernal, C. (2010). *Metodología de la Información*. 3ª Edición. Bogotá: Editorial Prentice Hall, Pearson.
- Méndez, C. (2006). *Metodología: Diseño y desarrollo del proceso de Investigación con Énfasis en Ciencia Empresariales*. 4º edición. Bogotá: Editorial Limusa Noriega.

ANEXOS.

Aprobado el 23 de agosto del 2018

Publicado el Viernes 24 de agosto de 2018

**DECRETO LEGISLATIVO
Nº 1377**

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA
POR CUANTO:

Que, el Congreso de la República, mediante Ley Nº 30823, ha delegado en el Poder Ejecutivo, por el plazo de sesenta (60) días calendario, la facultad de legislar en materia de prevención y protección de las personas en situación de violencia y vulnerabilidad, con la finalidad de establecer medidas para optimizar los servicios a su favor; así como fortalecer el marco jurídico para la prevención y protección de las víctimas de casos de violación sexual de menores de edad, de conformidad con lo establecido en los literales a) y b) del numeral 4 del artículo 2 de la referida Ley;

Que, el artículo 3 del Decreto Legislativo Nº 1098, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Organización y Funciones del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, establece que las niñas, niños y adolescentes conforman una población vulnerable; ello debido a que por su edad afrontan situaciones de indefensión, desventaja o discriminación para satisfacer sus necesidades básicas y hacer efectivo el ejercicio de sus derechos y libertades, por lo que requieren medidas que les garanticen su protección y desarrollo integral;

Que, el Estado debe garantizar en todas las circunstancias el derecho a la identidad y al nombre de los niños, niñas y adolescentes, consagrados en el artículo 2, inciso 1 de la Constitución Política del Perú, ya que de esta manera se acredita un primer reconocimiento de su existencia y su condición de sujeto de derechos; por lo que resulta necesario que los/las adolescentes tramiten la obtención del Documento Nacional de Identidad de los hijos e hijas que han procreado;

Que, de otro lado, se viene constatando que en el contexto de violencia que afecta gravemente a nuestra sociedad, se debe proteger la imagen de las niñas, niños y adolescentes víctimas de estos hechos, o de sus familiares, para evitar situaciones de indefensión y riesgo para su vida e integridad personal;

Que, el Decreto Legislativo Nº 1297, Decreto Legislativo para la protección de niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos, regula los procedimientos de riesgo y desprotección familiar con la finalidad de brindar protección integral a las niñas, niños y adolescentes que se encuentran en tales situaciones, priorizando su derecho a vivir, crecer y desarrollarse en familia; no obstante, se requiere mejorar la intervención del Ministerio Público en tales procedimientos y agilizar el trámite de publicación de edictos, pues la demora de ello retarda la posibilidad de adoptar medidas de protección en un tiempo oportuno y razonable; así como optimizar la actuación de las Defensorías Municipales del Niño y del Adolescente – DEMUNA a cargo de los gobiernos locales;

Que, por otra parte, el incumplimiento del pago de las pensiones alimenticias establecidas en sentencias judiciales constituye no sólo un desacato a las decisiones del Poder Judicial, sino que en determinados casos configura una forma de violencia económica o patrimonial, en los términos señalados en el literal d) del artículo 8 de la Ley Nº 30364, Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia

contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar; por lo que el Estado debe adoptar medidas para obligar al pago inmediato y prioritario de dicha pensión;

De conformidad con lo establecido en los literales a) y b) numeral 4 del artículo 2 de la Ley N° 30823 y el artículo 104 de la Constitución Política del Perú;

Con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros; y,

Con cargo a dar cuenta al Congreso de la República;

Ha dado el Decreto Legislativo siguiente:

DECRETO LEGISLATIVO QUE FORTALECE LA PROTECCIÓN INTEGRAL DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES

Artículo 1.- Objeto

El presente Decreto Legislativo tiene por objeto fortalecer la protección integral de niñas, niños y adolescentes, y garantizar el pleno ejercicio de sus derechos, priorizando las medidas de protección a su favor en situaciones de desprotección familiar, la optimización de servicios en situaciones de riesgo por desprotección familiar, su derecho a la identidad y al nombre, la reserva de su identidad y la de sus familiares ante casos de violencia, así como la priorización en el pago de las pensiones alimenticias determinadas a su favor en sentencias judiciales.

Artículo 2.- Modificación del Código Civil

Modifíquense los artículos 46, 361, 362, 396 y 402, inciso 6, del Código Civil, aprobado mediante Decreto Legislativo N° 295, en los siguientes términos:

«Artículo 46.- Capacidad adquirida por matrimonio o título oficial

La incapacidad de las personas mayores de dieciséis (16) años cesa por matrimonio o por obtener título oficial que les autorice para ejercer una profesión u oficio.

La capacidad adquirida por matrimonio no se pierde por la terminación de este.

Tratándose de mayores de catorce (14) años cesa la incapacidad a partir del nacimiento del hijo o la hija, para realizar solamente los siguientes actos:

1. Inscribir el nacimiento y reconocer a sus hijos e hijas.
2. Demandar por gastos de embarazo y parto.
3. Demandar y ser parte en los procesos de tenencia, alimentos y régimen de visitas a favor de sus hijos e hijas.
4. Demandar y ser parte en los procesos de filiación extramatrimonial de sus hijos e hijas.
5. Celebrar conciliaciones extrajudiciales a favor de sus hijos e hijas.
6. Solicitar su inscripción en el Registro Único de Identificación de Personas Naturales, tramitar la expedición y obtener su Documento Nacional de Identidad.
7. Impugnar judicialmente la paternidad.»

«Presunción de paternidad

Artículo 361.- El hijo o hija nacido/a durante el matrimonio o dentro de los trescientos (300) días calendario siguientes a su disolución tiene como padre al marido, salvo que la madre declare expresamente lo contrario.»

«Presunción de filiación matrimonial

Artículo 362.- El hijo o hija se presume matrimonial, salvo que la madre declare expresamente que no es del marido.»

«Reconocimiento del hijo extramatrimonial de mujer casada

Artículo 396.- El hijo o hija de mujer casada puede ser reconocido por su progenitor cuando la madre haya declarado expresamente que no es de su marido. Este reconocimiento se puede realizar durante la inscripción del nacimiento cuando la madre y el progenitor acuden al registro civil, o con posterioridad a la inscripción realizada solo por la madre, cuando esta haya declarado quién es el progenitor. Procede también cuando el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable.»

«Procedencia de la declaración judicial de paternidad extramatrimonial

Artículo 402.- La paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada: (...)

6. Cuando se acredite el vínculo parental entre el presunto padre y el hijo o hija a través de la prueba de ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza. El juez desestimarás las presunciones de los incisos precedentes cuando se hubiera realizado una prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza.»

Artículo 3.- Modificación de los artículos 11 y 48 del Decreto Legislativo N° 1297, Decreto Legislativo para la protección de niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos

Incorpórese el literal g) al numeral 11.4 del artículo 11 y modifíquese el artículo 48 del Decreto Legislativo N° 1297, Decreto Legislativo para la protección de niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos, en los siguientes términos:

«Artículo 11.- Funciones de las autoridades en el marco de la presente ley

Son funciones de:

(...)

11.4 El Ministerio Público, a través de las fiscalías especializadas de Familia o Mixtas:

(...)

g) Comunicar las situaciones de riesgo o desprotección familiar a la autoridad competente en un plazo no mayor de 24 horas.»

«Artículo 48.- Edicto

De no ser ubicada la familia de origen de la niña, niño o adolescente, se procede a su búsqueda y ubicación a través de la Comisaría en el último domicilio consignado y en el domicilio que aparece en el RENIEC. En caso no cuenten con domicilio conocido, se procede a notificarlos por un periodo de cinco (5) días calendario mediante edictos en la página web del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables o en el mural de la Municipalidad por el mismo término, cuando en el lugar no existe acceso a internet. En este último caso la autoridad competente puede solicitar la colaboración de la Defensoría de la Niña, Niño y Adolescente-DEMUNA de la localidad donde fue ubicada/o la niña, niño o adolescente, o donde residía su familia de origen, para que publique el edicto en su local. La falta de comunicación a la DEMUNA o de difusión del edicto por parte de ésta, no invalida la notificación realizada en el mural de la Municipalidad.

Los edictos comprenden el nombre de la niña, niño o adolescente o el que le fue asignado/a, fecha de nacimiento, edad o edad aproximada, una síntesis de las

circunstancias en que fue encontrada/o y los nombres y apellidos de los destinatarios de la notificación, en caso de conocerse.»

Artículo 4.- Modificación de los artículos 6, 42, 43, 44, 45, 46 y 47 del Código de los Niños y Adolescentes

Modifíquense los artículos 6, 42, 43, 44, 45, 46 y 47 del Código de los Niños y Adolescentes, aprobado mediante Ley N° 27337, en los siguientes términos:

«Artículo 6.- A la identidad

6.1 El niño, niña y el adolescente tienen derecho a la identidad, lo que incluye el derecho a tener un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y llevar sus apellidos. Tienen también derecho al desarrollo integral de su personalidad.

6.2 Es obligación del Estado preservar la inscripción e identidad de los niños y adolescentes, sancionando a los responsables de su alteración, sustitución o privación ilegal, de conformidad con el Código Penal.

6.3 En caso de que se produjera dicha alteración, sustitución o privación, el Estado restablecerá la verdadera identidad mediante los mecanismos más idóneos.

6.4 Cuando un niño, niña o adolescente se encuentren involucrados como autores, partícipes o testigos de una infracción, falta o delito o sean víctimas de los mismos, no se publicará su identidad ni su imagen a través de los medios de comunicación. La prohibición se extiende al padre, madre, tutor/a o a las personas que vivan con él/ ella. Los medios de comunicación tienen la obligación de garantizar la reserva de los datos personales y cualquier información que permita identificarlos, salvo que, en el caso de las niñas, niños y adolescentes, exista una autorización escrita de los padres o representantes legales, y siempre que no se atente contra su interés superior.»

«CAPÍTULO III

DEFENSORÍA DE LA NIÑA, NIÑO Y ADOLESCENTE

Artículo 42.- Defensoría de la Niña, Niño y Adolescente

La Defensoría de la Niña, Niño y Adolescente es un servicio gratuito y especializado que forma parte del Sistema Nacional de Atención Integral. Funciona en los gobiernos locales, en las instituciones públicas y privadas y en organizaciones de la sociedad civil, y su finalidad es contribuir al ejercicio de los derechos de niñas, niños y adolescentes para su protección integral, actuando conforme a los principios señalados en este Código y otras normas aplicables a su favor.

Artículo 43.- Instancia administrativa

La Defensoría de la Niña, Niño y Adolescente actúa en las instancias administrativas de las instituciones públicas y privadas de atención a las niñas, niños y adolescentes. El MIMP, como Autoridad Central, promueve, inscribe, conduce, norma, coordina y supervisa este servicio, así como capacita a sus integrantes.

Cuando la Defensoría de la Niña, Niño y Adolescente está a cargo de un gobierno local se denomina Defensoría Municipal de la Niña, Niño y Adolescente-DEMUNA. El gobierno local se encuentra a cargo de su implementación y sostenimiento, garantizando las condiciones requeridas para el cumplimiento de sus funciones.

En el caso de las Defensorías de la Niña, Niño y Adolescente promovidas por otras entidades públicas, entidades privadas u organizaciones de la sociedad civil, estas deben brindar las condiciones necesarias para el cumplimiento de sus funciones.

Artículo 44.- Integrantes de las Defensorías

La Defensoría Municipal de la Niña, Niño y el Adolescente–DEMUNA está integrada por profesionales de diversas disciplinas, de reconocida solvencia moral y capacitadas/os para desempeñar las funciones propias del servicio. Las Defensorías promovidas por otras instituciones u organizaciones pueden contar con profesionales o, cuando sus posibilidades no lo permitan, deben ser integradas cuando menos por personas de la comunidad debidamente capacitadas y acreditadas para el ejercicio de su función.

Los integrantes de las Defensorías pueden desempeñarse en dicho servicio como defensor/a responsable, defensor/a, promotor/a o personal de apoyo, y para ello, deben cumplir con las siguientes condiciones:

- a) Ser mayor de 18 años de edad.
- b) No registrar antecedentes policiales, judiciales ni penales.
- c) No ser deudor/a alimentario.
- d) Haber aprobado el curso de formación para defensores/as.

Artículo 45.- Funciones

45.1 Son funciones de las Defensorías:

- a) Promover o desarrollar acciones de prevención y atención de situaciones de vulneración de derechos de las niñas, niños y adolescentes para hacer prevalecer su Interés Superior y contribuir al fortalecimiento de las relaciones con su familia, y su entorno comunal y social.
- b) Difundir e informar sobre los derechos y deberes de las niñas, niños y adolescentes.
- c) Efectuar conciliación extrajudicial especializada sin necesidad de constituirse en Centros de Conciliación, emitiendo actas que constituyen título ejecutivo en materia de alimentos, tenencia y régimen de visitas, siempre que las mismas materias no hayan sido resueltas por instancia judicial.
- d) Disponer la apertura de cuentas de consignación de pensión de alimentos derivada de los acuerdos conciliatorios que haya celebrado.
- e) Promover la inscripción de nacimientos y solicitarla en caso de orfandad o desprotección familiar, con conocimiento de la autoridad competente.
- f) Promover la obtención del Documento Nacional de Identidad, coordinando con el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil – RENIEC y las Oficinas de Registro Civil de las Municipalidades.
- g) Promover el reconocimiento voluntario de niñas, niños y adolescentes, y con dicha finalidad están facultados a elaborar actas de compromisos siempre que alguno de los progenitores solicite hacer constar dicho reconocimiento voluntario de filiación extrajudicial.
- h) Comunicar o denunciar las presuntas faltas, delitos o contravenciones en contra de niñas, niños y adolescentes, a las autoridades competentes.
- i) Ejercer la representación procesal en los procesos por alimentos y filiación, según lo establecido en el Código Procesal Civil.
- j) Comunicar a las autoridades competentes las situaciones de riesgo o desprotección familiar que sean de su conocimiento.

45.2 Las DEMUNA tienen como funciones adicionales las siguientes:

- a) Intervenir como instancia técnica en la gestión del riesgo de desastres a nivel local en los temas de infancia y adolescencia, así como en los Centros de Operación de Emergencia.
- b) Actuar en el procedimiento por riesgo de desprotección familiar, conforme a la ley sobre la materia.
- c) Colaborar en los procedimientos de desprotección familiar a solicitud de la autoridad competente.

Artículo 46.- Trabajo en redes locales

Las Defensorías de la Niña, Niño y Adolescente establecen los mecanismos de coordinación y cooperación a nivel local, con otras entidades, para el cumplimiento de su finalidad.

Artículo 47.- Rol del gobierno regional

El gobierno regional articula y promueve acciones con el gobierno local para el fortalecimiento de las DEMUNA, conforme al marco normativo del servicio.»

Artículo 5.- Modificación de los artículos 3, 4 y 7 a la Ley Nº 28970, Ley que crea el Registro de Deudores Alimentarios Morosos.

Modifíquense los artículos 3, 4 y 7 a la Ley Nº 28970, Ley que crea el Registro de Deudores Alimentarios Morosos, en los siguientes términos:

«Artículo 3.- Contenido del Registro de Deudores Alimentarios Morosos – REDAM-

El Registro de Deudores Alimentarios Morosos debe contener la siguiente información:

- a) Nombres y apellidos completos del Deudor Alimentario Moroso.
- b) Domicilio real del Deudor Alimentario Moroso.
- c) Número del Documento Nacional de Identidad u otro que haga sus veces, del Deudor Alimentario Moroso.
- d) Fotografía del Deudor Alimentario Moroso.
- e) Cantidad de cuotas en mora parcial o total, monto de la obligación pendiente e intereses hasta la fecha de la comunicación.
- f) Indicación del órgano jurisdiccional que ordena el registro.»

«Artículo 4.- Procedimiento

4.1 El órgano jurisdiccional que conoce o conoció la causa, de oficio o a petición de parte y previo a ordenar la inscripción, notifica al obligado alimentario, para que informe en el término de tres (3) días el cumplimiento de la deuda. El juez ordena la inscripción en el mismo plazo si el deudor no demuestra el cumplimiento de la deuda o no absuelve el requerimiento.

4.2 El deudor puede oponerse a la inscripción o solicitar la cancelación de la inscripción solo si acredita haber cumplido con el pago de la deuda alimentaria. Dicha oposición o solicitud puede formularse en cualquier momento y tiene como efecto la cancelación de la inscripción.

4.3 En los casos de omisión de asistencia familiar, el juez penal informa al Registro de Deudores Alimentarios Morosos los datos de la persona procesada, para su inscripción correspondiente.

4.4 Cuando se solicite la oposición o cancelación de la inscripción, el Juez resuelve el levantamiento de la inscripción en un plazo máximo de tres (3) días.

4.5 Para los fines de la inscripción o cancelación de la inscripción en el Registro, el juez deberá oficiar al órgano de Gobierno del Poder Judicial en un plazo no mayor de tres (3) días luego de resolver la cuestión. El Órgano de Gobierno del Poder Judicial realiza la inscripción o cancelación en un plazo máximo de tres (3) días.»

«Artículo 7.- Deber de colaboración entre las instituciones del Estado

7.1 El Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, a pedido del Órgano de Gobierno del Poder Judicial y en el plazo de cinco (5) días hábiles, remite la

información de la planilla electrónica que resulte pertinente de los contratos laborales vigentes, de las personas inscritas en el REDAM, con la finalidad de comunicar a los juzgados correspondientes, en el término de la distancia, para que procedan conforme a sus atribuciones.

7.2 La Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, a pedido del Órgano de Gobierno del Poder Judicial, remite las listas de transferencias de bienes muebles o inmuebles registrables realizados por las personas inscritas en el REDAM, en un plazo de cinco (5) días hábiles.

7.3 El Banco de la Nación, en los casos que las pensiones alimenticias sean abonadas en cuentas administradas por dicha entidad, a pedido del Órgano de Gobierno del Poder Judicial, remite el reporte de abonos realizados a las personas inscritas en el REDAM, en un plazo de cinco (5) días hábiles.

7.4 El Órgano de Gobierno del Poder Judicial, al término de cada mes, debe remitir a las entidades señaladas en los numerales precedentes, el listado de personas inscritas en el REDAM, para el cumplimiento de la remisión de información.

Artículo 6.- Incorporación del artículo 10 a la Ley N° 28970, Ley que crea el Registro de Deudores Alimentarios Morosos

Incorpórese el artículo 10 a la Ley N° 28970, Ley que crea el Registro de Deudores Alimentarios Morosos, en los siguientes términos:

«Artículo 10.- Pago de la deuda alimentaria e incumplimiento

10.1 La persona inscrita en el Registro de Deudores Alimentarios Morosos puede postular y acceder al servicio civil en el Estado, o ser designado funcionario o directivo de confianza, o contratar con el Estado, siempre que cancele el registro o autorice el descuento por planilla o por otro medio de pago del monto de la pensión mensual fijada en el proceso de alimentos, previo a la suscripción del contrato o la expedición de la resolución de designación correspondiente.

10.2 La oficina de recursos humanos o la oficina de logística, según corresponda, o la que cumpla dichas funciones, comunica al REDAM la autorización de descuento, dentro del plazo de tres (3) días hábiles, bajo responsabilidad. La misma oficina se encarga de tramitar el depósito judicial respectivo a través de la oficina de tesorería o la que haga sus veces en la entidad, salvo disposición distinta del juzgado competente sobre la forma de pago.

10.3 En el sector privado, la autorización del descuento por planilla o por otro medio de pago del monto de la pensión mensual fijada en el proceso de alimentos se establece de común acuerdo entre el empleador y el trabajador o la persona postulante, debiendo la oficina de recursos humanos o la que cumpla dichas funciones, informar al REDAM de la autorización de descuento, dentro del plazo de tres (3) días hábiles.»

Artículo 7.- Refrendo

El presente Decreto Legislativo es refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros, la Ministra de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, el Ministro de Justicia y Derechos Humanos y el Ministro de Trabajo y Promoción del Empleo.

Artículo 8.- Financiamiento

La implementación de lo dispuesto en la presente norma se financia con cargo al presupuesto institucional de las entidades involucradas, sin demandar recursos adicionales al Tesoro Público.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

PRIMERA.- Normas complementarias del servicio de Defensoría de la Niña, Niño y del Adolescente.

Mediante Decreto Supremo, refrendado por el/la Ministro/a de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, en el plazo de sesenta (60) días hábiles se aprueba el Reglamento del servicio de las Defensorías de la Niña, Niño y Adolescente.

SEGUNDA.- Prioridad del cumplimiento de las obligaciones alimentarias.

Considérese de interés para el Estado el cumplimiento de las obligaciones alimentarias, para lo cual las entidades involucradas implementan los mecanismos que garanticen el cumplimiento de la presente Ley.

TERCERA.- Obligación de verificación semestral del REDAM

Las oficinas de recursos humanos de las entidades públicas y privadas, o las que cumplan dichas funciones, verifican semestralmente el Registro de Deudores Alimentarios Morosos para la suscripción o propuesta de suscripción de la autorización de retención de la contraprestación o descuento por planilla de sus remuneraciones del trabajador, según sea el caso, para el pago de la pensión alimenticia que tenga pendiente.

En el caso del sector público, la negativa a suscribir la autorización es causal de resolución del contrato, salvo que demuestre la cancelación en el citado registro.

CUARTA.- Informe Anual del Poder Judicial

El Poder Judicial elabora un informe anual detallando las acciones realizadas para el cumplimiento del presente Decreto Legislativo, el cual debe ser remitido al Congreso de la República y publicado en su página institucional.

QUINTA.- Adecuación del Reglamento de la Ley N° 28970

En un plazo no mayor a sesenta (60) días hábiles, mediante Decreto Supremo refrendado por el Ministro de Justicia y Derechos Humanos y la Ministra de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, se aprueba la adecuación del Reglamento de la Ley N° 28970, Ley que crea el Registro de Deudores Alimentarios Morosos, de acuerdo a lo señalado en el presente Decreto Legislativo.

DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA TRANSITORIA

ÚNICA.- Autorización para la retención o descuento por planilla para el pago de la pensión alimenticia de trabajadores/as del sector público y privado

En el plazo de sesenta (60) días hábiles a partir de la vigencia del presente Decreto Legislativo, las/los servidoras, directivos y funcionarios del sector público, o aquéllos que tengan una relación contractual con el Estado, deben suscribir una autorización para que la entidad proceda a la retención de la contraprestación o descuento por planilla de sus remuneraciones, según sea el caso, para el pago de la pensión alimenticia que tenga pendiente, siempre que se verifique que aparece inscrito en el Registro de Deudores Alimentarios Morosos. La negativa a suscribir la autorización es causal de resolución del contrato, salvo que demuestre la cancelación en el citado registro.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS DEROGATORIAS

PRIMERA.- Derogatoria del artículo 404 del Código Civil.

Derógase el artículo 404 del Código Civil referido a la declaración judicial de paternidad del hijo de mujer casada.

SEGUNDA.- Derogatoria de la Ley Nº 27007

Derógase la Ley Nº 27007, Ley que faculta a las defensorías del niño y el adolescente a realizar conciliaciones extrajudiciales con título de ejecución.

POR TANTO:

Mando se publique y cumpla, dando cuenta al Congreso de la República.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los veintitrés días del mes de agosto del año dos mil dieciocho.

MARTÍN ALBERTO VIZCARRA CORNEJO

Presidente de la República

CÉSAR VILLANUEVA ARÉVALO

Presidente del Consejo de Ministros

VICENTE ANTONIO ZEBALLOS SALINAS

Ministro de Justicia y Derechos Humanos

ANA MARÍA MENDIETA TREFOGLI

Ministra de la Mujer y Poblaciones Vulnerables

CHRISTIAN SÁNCHEZ REYES

Ministro de Trabajo y Promoción del Empleo

1684460-1